

Braun • Venten

RECHTSANWÄLTE • FACHANWÄLTE

Partnerschaft mbB

RAe Braun Venten Part mbB • Schützenstraße 20a • 96047 Bamberg

per beA

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
Ludwigstr. 23
80539 München

Kristin Braun
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Insolvenzrecht
Fachanwältin für Erbrecht

Thomas Venten
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Sozialrecht

Schützenstraße 20a
96047 Bamberg

Tel.: 0951 / 519 32 29-0
Fax: 0951 / 519 32 29-99

Email: info@Braun-Venten.de
Web: www.Braun-Venten.de

Partnerschaftsgesellschaft mbB
AG Bamberg, PR 57

Unser Zeichen:



Bamberg, den 13.04.2021

Az.: 20 NE 21.989

In Sachen



./.

Freistaat Bayern

wird das Gericht höflich gebeten, mitzuteilen, ob die Gegenseite eine Stellungnahme eingereicht hat.

Für den Fall, die Gegenseite eine Stellungnahme eingereicht hat wird beantragt, diese dem Unterzeichner zu übermitteln.

Das Gericht hat am 12.04.2021 das Verfahren mit dem Aktenzeichen 20 NE 21.926 entschieden. Auch in diesem Verfahren ging es um die Testpflicht an Schulen. Antragstellerin in dem Verfahren war dem Sachverhalt folgend eine Grundschülerin.

Das Gericht hat den auf die Aufhebung der Testpflicht für Schülerinnen und Schüler gerichteten Antrag abgelehnt.

/ 2

HypoVereinsbank • IBAN DE15 7702 0070 0021 1255 55 • BIC HYVEDEMM411
Sparkasse Bamberg • IBAN DE46 7705 0000 0300 2717 64 • BIC BYLADEM1SKB
Flessabank Bamberg • IBAN DE78 7933 0111 0001 0212 75 • BIC FLESDEMMXXX
Anderkonto: Flessabank Bamberg • IBAN DE62 7933 0111 0001 0214 66 • BIC FLESDEMMXXX

Personenbezogene Daten der Beteiligten werden elektronisch gespeichert

Die Beschlussgründe geben Anlass zu der Besorgnis, dass das Gericht den Vortrag und die von der Antragstellerin vorgetragene Anhaltspunkte für eine Rechtswidrigkeit der angegriffenen Norm entweder nicht berücksichtigt hat oder die Entscheidung im Ergebnis einer sozialen Gewünschtheit entspricht. Beide Umstände könnten einer juristisch fundierten Auseinandersetzung und Argumentation im Wege stehen, weshalb im vorliegenden Verfahren ergänzend vorgetragen wird.

Zunächst nehme ich vollumfänglich auf den das Verfahren einleitenden Schriftsatz sowie die ergänzenden Schriftsätze vom 07.04.2021 sowie 08.04.2021 Bezug.

Abweichend von der Auffassung des Gerichts stellt § 28a IfSG keine ausreichende Rechtsgrundlage für eine Testpflicht bei Schülerinnen und Schülern dar. Hierzu wurde bereits vorgetragen.

Die Frage der Beurteilung, ob ein Schüler ansteckungsverdächtige Personen sind oder nicht scheint vom Gericht abweichend von der bisherigen Rechtsprechung beurteilt zu werden, obwohl kein Grund ersichtlich ist, der eine abweichende Beurteilung zulässt. Sowohl in seiner Entscheidung vom 02.03.2021, Az. 20 NE 21.353, als auch in der Entscheidung vom 24.11.2020, Az. 20 NE 20.2605, hatte sich das Gericht mit der Frage des Ansteckungsverdachts auseinander zu setzen. In seinen Entscheidungen führte das Gericht aus, dass eine Beurteilung anhand politisch gesetzter Inzidenzwerte nicht ausreichend ist. Gerade vor dem Hintergrund, dass es sich bei Schülerinnen und Schülern sowie deren Lehrerinnen und Lehrern um feste Gruppen handelt, scheint eine besondere Gefahrenlage nicht zu begründen.

Das Gericht verweist in seinem aktuellen Beschluss auf Inzidenzwerte von bundesweit 129 und bayernweit auf 139. In seiner Entscheidung vom 24.11.2020 waren die zu beurteilenden Inzidenzwerte um ein Vielfaches höher; in Tschechien lag der Wert bei 417 und in Österreich sogar bei 553.

Weshalb ein Rückgriff auf Inzidenzwerte in der aktuellen Entscheidung nicht zu beanstanden ist, in den zurückliegenden Entscheidungen jedoch nicht ausreichte, eine Testpflicht zu begründen, erschließt sich nicht. Hinzu kommt, dass in Schulen besondere Hygienekonzepte erarbeitet wurden, die eine Verbreitung des Virus effektiv verhindern. Zu recht weist das Gericht darauf hin, dass die Verbreitung des Virus im Wesentlichen im privaten Umfeld erfolgt. Hierauf wurde bereits seitens des Unterzeichners anhand von Dokumenten des RKI hingewiesen und die entsprechenden Dokumente zur Glaubhaftmachung vorgelegt.

Das Gericht führt weiter aus, dass die Variante VOC B.1.1.7 deutlich ansteckender sei und *vermutlich* schwerere Krankheitsverläufe verursachen würde. In einer aktuellen Studie des University College in London kann eine höhere Viruslast festgestellt werden. Gleichzeitig stellen die Forscher fest, dass keine signifikanten Unterschiede bei Erkrankung und Langzeitwirkung einer Infektion festgestellt werden können (Quelle:

<https://www.welt.de/vermishtes/live221095606/Corona-live-Studien-Britische-Variante-nicht-toedlicher.html>).

In Bezug auf die intensivmedizinische Versorgung werden die Bedenken des Antragsgegners seitens der Antragsteller gesehen. Jedoch lässt das Gericht bei den darauf bezogenen Erwägungen nicht erkennen, dass es die Beteiligung von Schülerinnen und Schülern am Infektionsgeschehen in irgendeiner Weise berücksichtigt hat. Es ist auch nicht erkennbar auf welche Grundlage der Antragsgegner die Annahme stützt, eine Testpflicht an Schulen sei eine Maßnahme, die einen Beitrag zur Eindämmung des Infektionsgeschehens und eine Überlastung der Intensivstationen verhindern könnte. Obwohl dem Gericht auf Grund zahlreicher anderer Verfahren mögliche Handlungsalternativen des Antragsgegners bekannt sind, wurden diese offenbar bei der Beurteilung der angegriffenen Norm nicht berücksichtigt. Der erhebliche Verursachungsbeitrag des Antragsgegners an der Verknappung der Ressource „intensivmedizinische Versorgung“ wurde bereits vorgetragen. Die gesetzgeberischen Aktivitäten in Bezug auf die nunmehr behauptete mögliche medizinische Versorgung wurden bereits seitens der Antragsteller näher beleuchtet. Mögliche Handlungsalternativen des Antragsgegners wurden dargelegt und begründet.

Sofern das Gericht zur Begründung der aktuellen Entscheidung immerwährend auf zurückliegende Entscheidungen verweist, vermag dies nicht zu überzeugen. Denn es fehlt der Bezug zum konkreten Vortrag im entschiedenen Fall.

Abweichend von den Ausführungen des Gerichts kann die Testobliegenheit eine geeignete Maßnahme sein, jedenfalls ist sie nicht erforderlich. Jedenfalls ist eine Testung in den Schulen weder erforderlich noch geeignet. Dies gilt auch vor dem Hintergrund, dass für Lehrer ein Selbsttest zu Hause ausreichend sein soll. Warum dies für Schülerin und Schüler nicht ausreichend sein soll, erschließt sich den Antragstellern nicht. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass Lehrer Menschen aus der Mitte der Gesellschaft sind. Lehrerinnen und Lehrer, Schülerinnen und Schüler, Eltern, Väter und Mütter verhalten sich wie jeder andere durchschnittlich verantwortungsbewusste Bürger in Bayern und Deutschland. Gründe, an dieser Tatsache zu zweifeln, sind weder vom Antragsgegner vorgetragen noch vom Gericht ausgeführt. Sofern das Gericht darauf abstellt, dass ein zu Hause durchgeführter Selbsttest nicht kontrollierbar wäre, sind die Ausführungen falsch. Die Ausführungen des Gerichts zur Kontrollierbarkeit durchgeführter Selbsttestungen geben Anlass zu der Besorgnis, dass die grundrechtliche geschützten Freiheitsrechte im Ergebnis für das Gericht keine Bedeutung haben und eine Entscheidung eher einer sozialen Gewünschtheit entspricht. Denn der Gesetzgeber könnte als milderer Mittel eine stichprobenartige Testung vorsehen, die dann auch von medizinisch geschultem Personal durchgeführt wird.

Sofern das Gericht weiter ausführt, das Infektionsrisiko könne durch eine Testung reduziert werden, ist dies falsch und unzutreffend. Eine Infektion wird durch Hygienemaßnahmen effektiv vermieden. Eine Testung gibt allenfalls die Möglichkeit, symptomlose Infektionen zu erkennen.

Das Gericht führt in seiner Entscheidung aus, dass eine Testung an Schulen eine ständige Begleitung und Evaluation erfordert, die die Vor- und Nachteile bewertet. Diese Feststellung ist juristisch wertlos, denn das Gericht vermeidet es offenbar, diese Aufgabe dem Gesetzgeber ins Pflichtenheft zu schreiben. Die Feststellung ist damit wertlos und nicht justiziabel.

Schülerinnen und Schüler können abweichend von den großzügigen Annahmen des Gerichts bei einer Verweigerung eines Tests nicht im Distanzunterricht am Schulunterricht teilnehmen. Denn der Antragsgegner hat die Voraussetzungen für eine Beschulung im Präsenz- und Distanzunterricht zur selben Zeit nicht geschaffen. Zudem scheidet eine Übertragung des Präsenzunterrichts aus datenschutzrechtlichen Gründen aus. Im Ergebnis müsste ein Beschulungsangebot für die Schüler, die sich testen lassen in Form des Präsenzunterrichts und für Schüler, die sich nicht testen lassen, in Form des Distanzunterrichts vorgehalten werden. Es sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass der Antragsgegner auch nur ansatzweise in der Lage wäre, diese Vorgaben des Gerichts einzuhalten. Im Ergebnis ist eine Beschulung in Form des Präsenzunterrichts inzidenzunabhängig ausgeschlossen.

Das Gericht ist bei der Auslegung der Ausführungen des Antragsgegners recht großzügig, ohne dass Anhaltspunkte dafür ersichtlich sind, die eine so wohlwollende Auslegung des Gerichts rechtfertigen könnten. Der alte lateinische Grundsatz „da mihi facta dabo tibi ius“ scheint zu Gunsten des Antragsgegners keine Bedeutung zu haben, wobei im Gegenzug die Anforderungen an den Vortrag der Antragsteller oder sonstigen Betroffenen in Normenkontrollverfahren sehr hoch sind.

An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber eine inzidenzabhängige Testpflicht nicht vorgesehen hat. Offenbar wurde gerade keine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorgenommen. Gerade Grundschulen haben einen regionalen Einzugsbereich. Es kann nach Meinung der Antragsteller nicht die Absicht des Gerichts sein, eine dauerhafte Testpflicht zu rechtfertigen, selbst wenn regional kein Ausbruchsgeschehen vorhanden ist.

Sofern das Gericht in seiner Entscheidung „selbstverständlich“ davon ausgeht, dass bei den Testungen nur solche Antigen-Tests zur Anwendung kommen, die für Laien zugelassen sind, gibt es entsprechende Tests in der Bundesrepublik Deutschland für Grundschüler nicht. Auf die jeweils vorgelegte Gebrauchsanweisung der beiden in Deutschland zugelassenen Tests, die dem Gericht vorgelegt wurden, wird Bezug genommen. Der bayerische Kulturstatsminister hat im öffentlich im Bayerischen Rundfunk ausgeführt, dass die Testung im Rahmen einer Testung des Kindes eines Kollegen erfolgte. Auf die entsprechenden Ausführungen im letzten Schriftsatz wird insoweit Bezug genommen.

Ergänzend sei unabhängig von der Stellungnahme zur aktuellen Entscheidung folgendes ausgeführt:

Selbst wenn man Schülerinnen und Schüler als Teil des Infektionsgeschehens betrachtet, gibt es Möglichkeiten, das Infektionsgeschehen durch andere Maßnahmen als Schulschließungen günstig zu beeinflussen. Dazu kann zum Beispiel über die bisherigen Hygienekonzepte hinaus die Bereitstellung von Luftfiltern beitragen. Hierzu sei auf wissenschaftliche Ergebnisse von J. Curtius hingewiesen, der das Infektionsgeschehen bei der Verwendung von Luftfiltern erforscht hat. Im Ergebnis kommt er dazu, dass der Einsatz von Luftfiltern die Belastung der Luft mit Aerosolen wirksam um bis zu 90 % reduzieren kann. Die wissenschaftlichen Ergebnisse, die zum Gegenstand des diesseitigen Sachvortrags gemacht werden, können unter

<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/02786826.2021.1877257?scroll=top&needAccess=true> abgerufen werden.

Selbst das Robert-Koch-Institut sieht Schülerinnen und Schüler nicht als Motor des Infektionsgeschehens, wie ein Bericht in der Süddeutschen Zeitung vom 26.02.2021 mit der Überschrift „RKI: Schulen eher nicht „Motor“ der Pandemie“ erörtert. Der Zeitungsartikel ist abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/politik/rki-schulen-infektionen-1.5219322>

Die bisherigen Ausführungen des Gerichts zu Rechtfertigung der einschneidenden Grundrechtseinschränkungen können im vorliegenden Fall keinen Bestand mehr haben. Insbesondere kann nicht unberücksichtigt bleiben, dass es sich bei den Grundrechtseinschränkungen nicht mehr bloß um vorübergehende Einschränkungen handelt, sondern offenbar eine längerfristige planmäßige Einschränkung der Grundrechte vorgesehen ist. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Gesetz, das für die Dauer der pandemischen Lage Grundrechtseinschränkungen ungeahnten Ausmaßes vorsieht.

Das Gericht hat bisher seine zugunsten des Ordnungsgebers zurückhaltende Prüfung damit begründet, dass die Einschränkungen jeweils für vier Wochen befristet wären. In den vergangenen Monaten hat sich jedoch gezeigt, dass der Gesetzgeber die Zurückhaltung der Gerichte so versteht, dass er nahezu schalten und walten kann, wie er beliebt. Ein Indiz dafür ist, dass politische Aussagen, die in der Vergangenheit getroffen wurden, regelmäßig relativiert und zu Lasten der Grundrechte verschoben werden. War in der Vergangenheit immerwährend betont worden, dass die Schule als letzte geschlossen und als erste geöffnet werden, ist hiervon keine Rede mehr. Frisörbetriebe, Baumärkte und andere Betriebe werden geöffnet. Schulen bleiben jedoch nicht für alle Schüler zugänglich. Dabei sind die negativen Auswirkungen auf Schüler nicht nur in Bezug auf das Lernen sondern auch auf den Geist und den Körper vielfach untersucht und immer wieder dokumentiert worden. Exemplarisch wird auf einen Artikel in der Apotheken-Umschau vom 27.11.2020 „Schulschließungen: Die Folgen für Jugendliche“ hingewiesen. Dieser ist unter <https://www.apothekenumschau.de/print/article/561463> abrufbar.

Mögen Erwachsene sich darüber freuen, mit Mitmenschen keinen Kontakt zu haben, sieht dies bei Kindern anders aus. Gerade die Antragstellerin und ihre Mitschülerinnen und Mitschüler leiden unter der gegenwärtigen Situation besonders. Mag das Tragen von Masken zum Schutz von Leben und Gesundheit grundsätzlich noch nachvollziehbar sein, ist es nicht erkennbar, auf welche Grundlage der Zugang zur Schule für die Antragstellerin und ihre Mitschülerinnen und Mitschüler bei einem Nicht-Test verweigert wird, obwohl sie nachweislich keinerlei Ressourcen in Krankenhäusern in Anspruch nehmen müssen. Sie tragen nicht zur möglichen Überlastung des Gesundheitssystems bei. Eine Überlastung des Gesundheitssystems hat bisher zu keinem Zeitpunkt stattgefunden und wird bei entsprechendem gesetzgeberischem Handeln als milderer Mittel nicht stattfinden.

Sofern der Antragsgegner einwenden könnte, es könnte ja sein, dass etwas passieren könnte, was zu einer Überlastung des Gesundheitssystems führen könnte, vermag dieser Einwand nicht zureichen. Denn der Antragsgegner hat es aufgrund ihrer Planungshoheit in der Hand, für ausreichende Ressourcen zum Schutz der Bevölkerung Sorge zu tragen. Ein Zeitraum von nunmehr zwölf Monaten dürfte mehr als ausreichend sein. Der Antragsgegner hat bereits in den vergangenen Monaten gezeigt, dass vorausschauendes Handeln nicht zu den Kernkompetenzen der Staatsregierung oder der Verwaltung gehört. Schulen erhalten regelmäßig offenbar erst wenige Stunden vor einer Anpassung gesetzlicher Regelungen Nachricht über die erfolgenden Veränderungen. Der Antragsgegner hat es in den vergangenen 14 Monaten offenbar versäumt, Vorkehrungen zu treffen, um den Schulunterricht sicherzustellen. Geeignete Maßnahmen wären z.B. die Anschaffung leistungsfähiger Luftfilter oder die Anmietung zusätzlicher Räumlichkeiten, um Schulunterricht zu ermöglichen. Beispielhaft sei die Anmietung von Konferenzräumen in Hotels oder die Anmietung von Gasträumen genannt, die erfolgen könnte, um größere Ansammlungen von Schülern im Schulgebäude zu vermeiden.

Würde das Gericht an seiner bisherigen Rechtsprechung festhalten, besteht die Gefahr, dass der vorübergehende Zustand der Grundrechtseinschränkungen manifestiert wird. Tatsächlich hat das Gericht in den vergangenen Monaten dem Gesetzgeber ausreichend Gelegenheit gegeben, eine differenzierte Betrachtungsweise des Infektionsgeschehens zur Grundlage seines Handelns zu machen. Der Antragsgegner ist in der Lage, durch differenzierte Datenerhebung das Infektionsgeschehen genauer zu bewerten. In den bisherigen Veröffentlichungen ist immer nur zu lesen, wie viele Menschen infiziert wurden, wie viele Menschen auf Intensivstationen beatmet wurden und wie viele Menschen an oder mit dem Corona Virus gestorben sind. Eine weitergehende Differenzierung fand bisher nicht statt. So ist z.B. nicht zu lesen, wie viele der festgestellten Infektionen symptomlos verlaufen sind, wie viele Infizierte ohne ärztliche Behandlung genesen sind, wie viele Infizierte zu Hause in ärztlicher Behandlung waren, wie viele Infizierte im Krankenhaus behandelt werden mussten und wie viele Infizierte auf einer Intensivstation behandelt wurden. Wie sich herausgestellt hat, war in der Vergangenheit noch nicht einmal untersucht worden, ob irgendwelche Mutationen vorhanden waren. Somit geht die Warnung vor Mutationen ins Leere, denn es ist keine Datengrundlage vorhanden, aus der ersichtlich wäre, dass die behaupteten Mutationen tatsäch-

lich erst in jüngster Zeit aufgetreten sind. Das selbst verschuldete Nichtwissen über die Situation des Infektionsgeschehens kann jedoch nicht zur Rechtfertigung einschneidender Grundrechtseinschränkungen herangezogen werden. Denn dies würde die Beweislast auf den Bürger verschieben; im Rahmen des rechtswissenschaftlichen Studiums wurde immerwährend in der Vergangenheit betont, dass es nicht der Bürger ist, der die Voraussetzung dafür beweisen muss, dass ihm Freiheitsrechte zu gewähren sind, sondern dass der Staat verpflichtet ist, die Grundrechtseinschränkungen und die Versagung von Freiheitsrechten zu rechtfertigen. Die auch wohlwollend gemeinte Begründung, es ginge um Schutz von Leben und Gesundheit vieler Menschen, kann jedenfalls nicht zur Rechtfertigung herangezogen werden, dass die Rechte eines jeden einzelnen ausgehebelt werden. Die besondere Bedeutung der Grundrechte haben die Verfassungsväter des Grundgesetzes den Bürgerinnen und Bürgern der Bundesrepublik Deutschland mit auf den Weg gegeben. In Reaktion auf die Geschehnisse im Zusammenhang mit der Weimarer Verfassung, bei der die Grundrechte am Ende der Verfassung standen, wurden die Grundrechte im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland an den Anfang gestellt. Die Würde des Menschen galt den Verfassungsvätern als unumstößlich. Deshalb ist sie in Art. 1 verankert. Zur Würde des Menschen gehört auch, dass er sein Leben frei gestalten kann und selber entscheiden kann, ob er sich Gefahren aussetzt oder nicht. Bürgerinnen und Bürger, die sich vor einer Infektion fürchten, haben die Möglichkeit, sich zu schützen, sei es durch geeignete Schutzausrüstung sei es durch die Inanspruchnahme staatlicher Hilfe z.B. durch ausreichende Testungen in Alten- und Pflegeheimen sowie Krankenhäusern. Sofern der Antragsgegner gerade die Bereiche der Alten- und Pflegeheime sowie Krankenhäuser in der Vergangenheit bei der Planung von Schutzvorkehrungen außer Acht gelassen hat kann dies nicht zur Rechtfertigung herangezogen werden, weiterhin den Schulbetrieb für den Antragsteller einzustellen.

Hinsichtlich der dürftigen Rechtfertigungslage für die Maßnahmen des Antragsgegner wird beispielhaft auf einen Kommentar von Professor Dr. Dietrich Murswiek in der Zeitung „Welt“ vom 26.2.2021 unter der Überschrift „Die Politik hat in ihrem Corona- jedes Maß verloren“ Bezug genommen. Die Ausführungen geben die rechtliche Problematik zutreffend wieder und zeigen die Rechtswidrigkeit des Handelns des Antragsgegners auf, weshalb nachfolgend aus diesem Artikel wie folgt zitiert und diese Zitat zum Gegenstand des Sachvortrags gemacht werden:

„Die Politik ist dabei, die freiheitliche Verfassungsordnung in ein unfreiheitliches Pandemieregime zu verwandeln. Sinken die Infektionszahlen, wird kurzerhand der Maßstab für die Rechtfertigung des Lockdowns verändert. War Ziel des Lockdowns bis vor Kurzem die Absenkung der Inzidenz wöchentlicher Neuinfektionen pro 100.000 Einwohner auf 50, so sollen es jetzt 35 sein. Manche fordern schon zehn, und hat man das erreicht, dann kann man – um ganz sicherzugehen, dass das Infektionsgeschehen nicht wieder aufflammt – eine Nullinzidenz zur Voraussetzung für die „Rückgabe der Grundrechte“ machen.

Als Grund dafür haben Bundeskanzlerin und Ministerpräsidenten sich auf das Vorsorgeprinzip berufen: Man wisse ja nicht, wie gefährlich uns die Mutanten noch werden

könnten, und daher dürfe man nicht zu früh mit „Lockerungen“ beginnen. Das Nichtwissen soll ausreichen, die Aufrechterhaltung der umfassendsten Freiheitseinschränkungen in der Geschichte der Bundesrepublik zu begründen.

Die Beweislast wird umgedreht: Nicht mehr der Staat muss beweisen, dass die Grundrechtseinschränkungen notwendig sind, sondern die Bürger können erst dann damit rechnen, von der Obrigkeit stückweise „neue Freiheiten“ (Merkel) zugeteilt zu bekommen, wenn aus Sicht der Regierung feststeht, dass keine Corona-Gefahr mehr besteht. Hinnerk Wißmann hat das treffend kommentiert: „Freiheit, die ihre Ungefährlichkeit beweisen muss, ist abgeschafft.“

Die größte Gefahr für die freiheitliche demokratische Grundordnung resultiert nicht aus den aktuellen Pandemierestriktionen, sondern daraus, dass die freiheitsverkürzenden politischen Mechanismen, die ursprünglich – wie im ersten Lockdown verkündet und von den Gerichten entsprechend bewertet – nur für sehr kurze Zeit dauern sollten, zur „neuen Normalität“ werden.

Wir gewöhnen uns an sie, und von den Politikern werden sie nach Belieben wieder aus dem Werkzeugkasten geholt: Freiheit ist nicht mehr, wie im Rechtsstaat, prinzipiell unbegrenzt, sondern wird obrigkeitlich gewährt, wenn gerade kein Virus oder kein anderes Ereignis, gegen das man sich vorsorglich und fürsorglich wappnen muss, zu befürchten ist.

Sars-CoV-2 wird wohl niemals ausgerottet sein, sondern kann immer wieder wellenartig auftreten, wenn auch nicht mehr in so großen Wellen, je mehr die Bevölkerung immunisiert sein wird – aber mit dem Mutanten-Argument wird sich immer wieder ein Lockdown rechtfertigen lassen, und Sars-CoV-3 kann eines Tages das Spiel von vorn losgehen lassen. Einen Weg zurück zur rechtsstaatlichen Normalität gibt es auf der Basis dieser Denkmuster nicht.

Will man die freiheitliche Ordnung retten und verhindern, dass die Umkehrung rechtsstaatlicher Grundsätze zum neuen Normalzustand wird, muss man jetzt innehalten und sich vergewissern, ob denn das Grundgesetz die Aufrechterhaltung des Lockdowns heute noch zulässt. Was sind die verfassungsrechtlichen Gründe, die den Lockdown allenfalls rechtfertigen konnten, und sind diese Gründe heute noch gegeben?

Die offizielle Begründung der Kontaktbeschränkungen, Betriebs-, Geschäfts- und Schulschließungen, Veranstaltungsverbote usw. lautete, man wolle die Infektionskurve abflachen, um die bei weiterem Anstieg der Zahlen drohende Überlastung der Intensivstationen (</politik/deutschland/article222675844/Corona-Intensivmediziner-Haben-noch-Kapazitaeten-auf-Intensivstationen.html>) zu vermeiden; man wolle Situationen vermeiden, in denen nicht für jeden Patienten, der beatmungsbedürftig ist, ein Beatmungsgerät zur Verfügung steht, sodass man Auswahlentscheidungen (Triage) treffen muss.

Während es also ursprünglich nur darum ging, schwere Krankheitsverläufe und Todesfälle zu vermeiden, die daraus resultierten, dass wegen Überlastung der Intensivstationen nicht alle Patienten optimal behandelt werden könnten, wurde im Laufe der Zeit immer häufiger als Ziel der Corona-Maßnahmen genannt, die Zahl der „Corona-Toten“ und der schweren Krankheitsverläufe zu minimieren.

Im Beschluss der Bundeskanzlerin und der Ministerpräsidenten vom 13. Dezember stehen beide Ziele noch nebeneinander. In den neueren Beschlüssen wird gar kein Ziel mehr genannt. Und in vielen Politikeräußerungen wird nur noch die Vermeidung von „Corona-Toten“ als Ziel angegeben. Wie ist im Hinblick auf die genannten Ziele die Verfassungsmäßigkeit des Lockdowns zu beurteilen?

Angenommen, die Gefahr, dass es zu einer Überlastung der Intensivstationen durch Covid-19-Patienten kommen könnte und dass deshalb eine große Zahl Kranker nicht mehr optimal behandelt werden könnte, habe tatsächlich bestanden, dann besteht diese Gefahr jetzt jedenfalls nicht mehr, und wahrscheinlich wird sie durch die Sars-CoV-2-Epidemie auch nicht mehr hervorgerufen werden, gleichgültig wie sich die Infektionszahlen entwickeln.

Das liegt an der Altersstruktur der Patienten ([/regionales/hamburg/article226600451/UK-Studie-Daran-sind-Hamburgs-Corona-Tote-gestorben.html](#)) mit schweren Covid-19-Verläufen in Kombination mit den jetzt endlich vorgenommenen Schutzmaßnahmen für die Hauptrisikogruppe sowie an den fortgeschrittenen Impfungen der alten Menschen.

Ein sehr großer Teil der intensivbehandlungsbedürftigen Covid-19-Patienten stammt aus Alten- und Pflegeheimen. Diese waren Hotspots für Ansteckungen und Todesfälle. Nachdem der spezifische Schutz dieser Einrichtungen im vergangenen Jahr sträflich vernachlässigt worden ist, scheint er jetzt – vor allem durch systematische Testungen – ernsthaft verfolgt zu werden.

Allein dies müsste bereits zur Folge haben, dass sich die Lage in den Intensivstationen deutlich entspannt. Hinzu kommt, dass nach Impfung der meisten Menschen in den Alten- und Pflegeheimen und generell der über 80-Jährigen die Zahl der schweren und intensivbehandlungsbedürftigen Verläufe drastisch zurückgehen muss. Da das Durchschnittsalter der „Corona-Toten“ über 80 liegt, wird auch die Zahl der Corona-Patienten auf den Intensivstationen sehr stark sinken, wenn es aus dieser Altersgruppe nur noch wenige schwere Erkrankungen gibt.

Seit Anfang Januar ist die Zahl der intensivmedizinisch behandelten Covid-19-Fälle bereits von rund 5700 auf rund 2900 gesunken. Die Belegungskurve zeigt steil nach unten. Es spricht vieles dafür, dass es auch dann nicht mehr zu einem starken Anstieg kommen wird, wenn die Infektionszahlen wieder steigen sollten.

Das Ziel, die „Überlastung des Gesundheitssystems“ zu vermeiden, kann den Lockdown nicht mehr rechtfertigen. Zur Erreichung dieses Ziels ist der Lockdown jedenfalls jetzt nicht mehr erforderlich. Wenn aber Politiker meinen, man bräuchte einen noch größeren Sicherheitsabstand zur Überbelegung der Intensivstationen, dann müssen sie diesen durch Ausbau der Intensivkapazität schaffen. Ein Problem, das der Staat selbst lösen kann, darf er nicht durch Freiheitsbeschränkungen der Bürger lösen.

Freilich sterben auch dann Menschen an Covid-19, wenn die Intensivstationen nicht überlastet sind. Kann man mit diesem Argument den Lockdown noch rechtfertigen? Trägt das Ziel, die Zahl der „Corona-Toten“ und der schweren Corona-Krankheitsverläufe zu minimieren, die Freiheitseinschränkungen des Lockdown?

Das ist eine Frage der Abwägung. Auf der einen Seite – auf der Seite des Lockdowns – stehen die größten Freiheitseinschränkungen seit Bestehen der Bundesrepublik, stehen ökonomische Schäden, wie es sie in Friedenszeiten wohl noch nie als Folge politischer Entscheidungen gegeben hat, steht die Zerstörung Tausender mittelständischer Existenzen, steht der Bildungsverlust der Schüler, (</vermischtes/article226671843/Migration-und-Schule-Wir-sind-an-den-Stadtrand-gezogen-Es-war-auch-eine-Flucht.html>) stehen Millionen in ihren Entwicklungsmöglichkeiten schwer geschädigter, zu Hunderttausenden psychisch schwer beeinträchtigt, in ungezählten Fällen auch körperlich misshandelter Kinder.

Die Aufzählung ist sehr unvollständig. Aber es dürfte deutlich geworden sein: Freiheitseinschränkungen und Folgeschäden dieses Ausmaßes können nur dann der Verhältnismäßigkeitsprüfung standhalten, wenn das Ausmaß der Gefahr, die damit abgewehrt werden soll, ganz außerordentlich groß ist. Ist das bei Covid-19 der Fall?

Um diese Frage zu beantworten, muss man das Risiko, an Covid-19 zu sterben, mit anderen Lebensrisiken vergleichen. Im Jahr 2020 starben in Deutschland „an oder mit“ Covid-19 laut RKI (</politik/deutschland/plus226467469/Studie-zur-Uebersterblichkeit-Diewahre-Zahl-der-Corona-Toten-liegt-hoehher.html>) und 42.000 Menschen. Die Zahl der ursächlich an Covid-19 Gestorbenen kennen wir nicht, weil die Politik sie nicht hat ermitteln lassen. Sie dürfte wesentlich geringer sein. An Krebs starben 2019 (die Zahlen für 2020 liegen noch nicht vor) 231.300 Menschen, darunter 44.800 an Lungen- und Bronchialkrebs.

An Herz-Kreislauf-Erkrankungen starben 331.200 Menschen, an Krankheiten des Atmungssystems 67.000. Der Vergleich sagt nicht, dass Covid-19 ungefährlich sei. Aber Corona ist nicht die Pest und nicht die Cholera.

Das Risiko, an Covid-19 zu sterben, ist durchschnittlich sehr viel geringer, als an anderen Krankheiten zu sterben. Es ist für gesunde Menschen sehr gering, für junge und gesunde Menschen äußerst gering, während alte und mit schweren Erkrankungen vorbelastete Menschen ein hohes Risiko haben. Aber dieses Risiko lässt sich wesentlich

mindern durch spezifischen Schutz der vulnerablen Gruppen, durch Impfungen, durch Stärkung des Immunsystems.

Ein gewisses Corona-Risiko wird trotzdem bleiben – nicht nur für ungeimpfte alte Menschen mit multiplen Vorbelastungen. Aber dieses Risiko ist nicht größer als viele Risiken, mit denen die Menschen seit jeher gelebt haben – zumindest nicht um so viel außerordentlich größer, dass es sich rechtfertigen lässt, die ganze Gesellschaft stillzulegen.

Es ist ja nicht so, dass der Lockdown hochinfektiöse Menschen isoliert, damit diese die anderen nicht anstecken. Sondern Kontaktbeschränkungen, Betriebsstilllegungen, Veranstaltungsverbote und Maskenpflicht (</regionales/hamburg/article226991217/Maskenpflicht-in-Hamburg-Hier-gelten-ab-Samstag-neue-Regeln.html>) treffen fast ausschließlich gesunde, nicht infektiöse Menschen. Von den 83 Millionen Einwohnern Deutschlands sind laut RKI gegenwärtig rund 116.000 „infiziert“. Von diesen ist ungefähr die Hälfte nicht infektiös, kann also niemanden anstecken.

Die infektiöse Hälfte der zurzeit „aktiven Fälle“ macht ungefähr 0,07 Prozent der Bevölkerung aus. Da die positiv Getesteten aber in Quarantäne müssen, geht von ihnen keine Gefahr aus. Die Ansteckungsgefahr droht von den unerkannt Infizierten, also den – noch – nicht Getesteten. Da die ohne Symptome bleibenden Menschen, die von ihrer Infektion nichts wissen und sich deshalb nicht testen lassen, im Infektionsgeschehen nur eine sehr untergeordnete Rolle spielen, weil ihre Viruslast gering sein dürfte, dreht sich der ganze Lockdown nur um die Menschen, die mit Sars-CoV-2 infiziert sind und die erkranken werden, aber es noch nicht wissen.

Diese können in den paar Tagen, in denen sie schon infektiös sind, bevor sie zum Arzt gehen beziehungsweise sich testen lassen, das Virus weitergeben. Die Politik legt also der ganzen Bevölkerung den Lockdown auf, weil irgendwo zwischen den 99,9 Prozent nicht infektiösen Menschen auch noch weniger als 0,1 Prozent Menschen herumlaufen, die für ein paar Tage das Sars-CoV-2-Virus weitergeben können.

Eine derartige massenhafte Freiheitsbeschränkung für Menschen, von denen keinerlei Gefahr ausgeht, ist historisch ohne Vorbild. Zur Abwehr von Gefahren dürfen im Rechtsstaat (</politik/deutschland/plus220639216/Deutscher-Richterbund-Das-darf-in-einem-Rechtsstaat-nicht-sein.html>) grundsätzlich nur die Verursacher der Gefahr „in Anspruch genommen“, in ihrer Freiheit beschränkt werden. Die Inanspruchnahme von „Nichtstörern“, wie im Juristendeutsch die für die Gefahr nicht verantwortlichen Menschen heißen, ist nur in Notstandslagen, wenn also die Gefahr gar nicht anders abgewendet werden kann, für begrenzte Zeit zulässig.

Die Freiheit von 83 Millionen Menschen, die für die abzuwehrende Gefahr nicht verantwortlich sind, einzuschränken, ist ein so extremer Ausnahmezustand, dass es für

den Rechtsstaat tödlich sein könnte, würde man sich an ihn gewöhnen und ihn als normal akzeptieren. Innerhalb eines Corona-Jahres sind jetzt ein halbes Jahr Gaststätten, Hotels und andere Betriebe geschlossen.

Die Politik hat in ihrem Corona-Furor jedes Maß verloren. Politikersprüche wie „Jeder Tote ist ein Toter zu viel“ oder „Leben ist das höchste Gut“ führten in eine Haltung der Verabsolutierung des Lebensschutzes. Das ist mit dem Grundgesetz nicht vereinbar. Völlig zu Recht ist noch niemand auf die Idee gekommen, bei jeder Grippewelle einen Lockdown anzuordnen oder den Autoverkehr ganz zu verbieten.

Natürlich ist das Recht auf Leben das fundamentalste Grundrecht. Aber Covid-19 ist eine Krankheit, die Epidemie ist eine Naturkatastrophe – es ist nicht der Staat, der tötet. Die Verfassung verpflichtet die Regierung nicht, uns um jeden Preis vor dem Tod zu bewahren. Der Staat muss unser Leben schützen, auch vor Seuchen.

Aber er muss die Grundrechte wahren und die freiheitliche Ordnung aufrechterhalten, wenn er die Abwehr der Risiken einer Epidemie organisiert. Die Schäden, die er mit seinen Abwehrmaßnahmen verursacht, dürfen nicht größer sein als ihr Nutzen. In einer Situation, in der die Überlastung des Gesundheitssystems nicht mehr zu befürchten ist, ist der Lockdown nicht mehr verhältnismäßig.

Die von der Bundesregierung jetzt verfolgte Inzidenzpolitik ist irrational und verfassungswidrig. Die Inzidenzwerte sagen für sich genommen über die Gefahrenlage nichts aus. Die Politik kann sie nach Belieben erhöhen oder senken, indem sie mehr oder weniger testet. Und sie reflektieren in keiner Weise das Gewicht der Freiheitseinschränkungen und der immensen Kollateralschäden eines Lockdowns. Sie sind deshalb nicht geeignet, Grundrechtseinschränkungen zu rechtfertigen, schon gar nicht so umfangreiche wie einen Lockdown.

Grund für den Inzidenzwert (/politik/deutschland/article226880263/Corona-Unter-Amtsaezten-broeckelt-Rueckhalt-fuer-Inzidenz-Kurs.html)50 war ursprünglich: Bei einer höheren Fallzahl sei den Gesundheitsämtern die Kontaktnachverfolgung nicht mehr möglich. Das stimmt aber längst nicht mehr. Und für die Inzidenz von 35 als Kriterium des Lockdowns gibt es überhaupt keinen nachvollziehbaren Grund. Kein Richter, der sich nicht als Büttel der Regierung versteht, kann die Rechtfertigung des Lockdowns mit der Überschreitung eines Inzidenzwertes akzeptieren. ...“

Quelle: <https://www.welt.de/debatte/kommentare/plus227153311/Lockdown-Die-Politik-hat-in-ihrem-Corona-Furor-jedes-Mass-verloren.html?cid=onsite.onsitesearch>

Legt man die obigen Ausführungen insgesamt zugrunde, lassen sich die einschneidenden Maßnahmen des Antragsgegners gegenüber der Antragstellerin nicht mehr rechtfertigen, selbst im Rahmen einer Folgenabwägung. Denn eine Aufrechterhaltung der rechtswidrigen

Maßnahmen des Antragsgegners steht in keinem Verhältnis zu den einschneidenden Einschränkungen der Grundrechte der Antragsteller.

Eine Aufrechterhaltung der rechtswidrigen Maßnahmen des Antragsgegners kann auch im Rahmen der Folgenabwägung keinen Bestand haben. Denn die Antragstellerin und ihre Mitschülerinnen und Mitschüler haben offenbar keinen entscheidenden Einfluss auf das Infektionsgeschehen dergestalt, dass das Gesundheitssystem überlastet werden könnte oder ältere Menschen an der Gesundheit erheblich gefährdet werden. Denn zugunsten der Antragsteller ist zu berücksichtigen, dass das Infektionsgeschehen gerade in Altenheimen erheblich abnimmt und auch die Todesfallzahlen zurückgehen.

Weiterhin ist in die Abwägung mit einzustellen, dass die Auslastung des Gesundheitssystems in Deutschland nicht so gravierend ist, wie vielfach behauptet wird. Anderenfalls wäre man bereits in der Vergangenheit nicht in der Lage gewesen, zum einen Patienten aus Nachbarländern in deutschen Krankenhäusern aufzunehmen oder Pflegepersonal zum Beispiel nach Portugal zu Hilfe zu schicken. Dass die Situation auch aktuell von dem Antragsgegner als nicht so dramatisch eingeschätzt wird zeigt sich weiterhin daran, dass offenbar ausreichender Impfstoff vorhanden ist, der nicht zur Impfung von Personen verwendet wird. Jedenfalls lassen die Verlautbarungen des Ministerpräsidenten Dr. Markus Söder darauf schließen, dass viel Impfstoff aktuell noch verwendet werden könnte, aber nicht abgerufen wird. Vielmehr soll offenbar überzähliger Impfstoff in Nachbarländer exportiert werden. Dieses Vorgehen ist in Anbetracht der von dem Antragsgegner behaupteten gefährlichen Lage nicht nachvollziehbar. Ein milderes Mittel wäre vorliegend nicht nur die Beachtung von Hygienekonzepten und Anschaffung von Filteranlagen sondern insbesondere die vorrangige Impfung wenigstens von Lehrerinnen und Lehrern. Nachdem der Impfstoff von Astra Zeneca auch bei höheren Temperaturen transportiert werden kann, könnte der Antragsgegner kurzfristig ausreichend wenigstens älteres und damit besonders gefährdetes Lehrpersonal impfen und so eine Schließung von Schulen abwenden.

Weiterhin gilt für den Antragsgegner zu beachten, dass selbst von Seiten des Robert-Koch-Instituts die gravierenden Auswirkungen von Schulschließungen auf die Gesundheit von Kindern und Jugendlichen konstatiert wird. Das Robert-Koch-Institut veröffentlichte hierzu auf seiner Internetseite einen entsprechenden Artikel, der unter https://www.rki.de/DE/Content/Gesundheitsmonitoring/Gesundheitsberichterstattung/GBEDownloadsJ/Focus/JoHM_04_2020_Psychische_Auswirkungen_COVID-19.pdf?__blob=publicationFile abrufbar ist. Auch die Bundeszentrale für politische Bildung nahm sich des Themas an und veröffentlichte am 11.12.2020 einen entsprechenden Artikel unter der Überschrift „Wir wollen wieder in die Schule“. Schule als sozialen Ort (wieder)entdecken“. Der Artikel, der zum Gegenstand diesseitigen Vortrags gemacht wird, ist abrufbar unter <https://www.bpb.de/apuz/schule-2020/322688/schule-als-sozialen-ort-wiederentdecken>. Der Druck, der bei einer Testpflicht in der Schule auf die Antragsteller ausgeübt wird ist unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen immens.

Aufgrund der nunmehr fast vierzehnmonatigen gravierenden Einschränkungen der Grundrechte kann aktuell nicht mehr von einem vorübergehenden Zustand gesprochen werden. Deshalb ist zu Gunsten der Antragsteller eine kritische Prüfung der Grundrechtseinschränkung insbesondere in Bezug auf die Verhältnismäßigkeit geboten. Denn eine immerwährende kursorische Prüfung unter dem Vorwand, die Regelungen seien nur vorübergehender Natur, tragen im Ergebnis zu einer Manifestation des aktuellen Zustandes und damit zu einer von politischen Mandatsträgern im vergangenen Jahr bereits angekündigten „neuen Normalität“ bei.

Die Einschätzung der Gefährdungslage scheint bei dem Antragsgegner nicht immer nachvollziehbar und einer Rechtfertigung nicht zugänglich. Wie kann Kindern zum Beispiel nahegebracht werden, dass Abstand, das Tragen von Masken und die strenge Kontaktreduzierung im Sinne des Gemeinwohls ist, wenn gleichzeitig Fußballer eines namhaften und wirtschaftsstarken Traditionsklubs, der in München beheimatet ist, sowohl trainieren darf als auch an internationalen Wettbewerben teilnehmen darf. Selbst wenn eine Infektion von Sportlern dieses Vereins festgestellt wird, hat dies keine unmittelbaren Auswirkungen auf den Verein oder seine Teilnahme am sportlichen Leben, oder die Teilnahme seiner Mitspieler am sportlichen Leben.

Auch wenn diese Situation auf den ersten Blick nichts mit dem Begehren des Antragstellers zu tun haben könnte, wird auf den zweiten Blick die Konsequenz inkonsequenten Handelns des Antragsgegners offenbar: Sportunterricht findet nicht statt, weil Distanz gehalten werden muss. Im Unterricht mussten Masken getragen und es muss Abstand gehalten werden. Wenn eine Mitschülerin oder ein Mitschüler infiziert sind, wird eine zweiwöchige Kohortenquarantäne für alle weiteren Mitschüler der Klasse angeordnet. Kinder dürfen unter Hinweis auf das dramatische Infektionsgeschehen nicht verreisen. Sie dürfen nach neueren Planungen auch privat keine Freunde mehr treffen. Sportler des FC Bayern erhalten die Möglichkeit, Auslandsreisen zu unternehmen und an internationalen Wettbewerben teilzunehmen. Selbst bei nachgewiesenen Infektionen erfolgen bei Sportlern keine so einschneidenden Konsequenzen wie bei Schülerinnen und Schülern. Wenn das Infektionsgeschehen so dramatisch ist, wie es vom Antragsgegner immerwährend behauptet und vom Gericht offenbar unwidersprochen übernommen wird, wirft jedenfalls das Vorgehen bei namhaften Sportvereinen mehr als Fragen auf, die bei der Entscheidungsfindung nicht unberücksichtigt bleiben können. Dies gilt insbesondere, weil die Mobilität und soziale Interaktion von Sportlern höher sind, als bei Kindern.

Insgesamt ist die angegriffene Regelung rechtswidrig und deshalb außer Vollzug zu setzen.

Das Gericht kann dem Gesetzgeber zur Vermeidung von Regelungslücken eine Frist zur Anpassung der beanstandeten gesetzlichen Regelung setzen, was bereits beantragt wurde.

Thomas Venten
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Sozialrecht