

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

3. September 2020

In der Normenkontrollsache

1. [REDACTED]

- Antragstellerin zu 1) -

2. [REDACTED]

- Antragsteller zu 2) -

[es folgte eine Auflistung 97 weitere Antragsteller*innen, die einzeln aufgeführt wurden, diese wurden für die hiesige Teilveröffentlichung aus Gründen der Übersichtlichkeit herausgenommen]

100. [REDACTED]

- Antragstellerin zu 100) -

Verfahrensbevollmächtigte:

1. Rechtsanwältin Jessica Hamed, Hindenburgplatz 3, 55118 Mainz, Az.: 716/2020-JH
2. Rechtsanwalt Mario Bögelein, Luitpoldstrasse 3, 91301 Forchheim, Az.: 311/20

g e g e n

den **Freistaat Bayern**, vertreten durch die Landesrechtsanwaltschaft Bayern, Montgelasplatz 1, 91522 Ansbach,

- Antragsgegner -

wegen: Infektionsschutzgesetz

wird unter Verweis auf die beigelegten Ablichtungen der Anwaltsvollmachten angezeigt, dass die Antragsteller*innen von den Unterzeichnenden vertreten werden.

Namens und im Auftrag der Antragsteller*innen wird beantragt,

1. die in § 16 der Sechsten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (6. BayIfSMV) vom 19. Juni 2020, in der Fassung vom 02. September 2020 enthaltenen Bestimmungen, soweit sie eine Maskenpflicht im Unterricht anordnen, für unwirksam zu erklären und
2. dem Antragsgegner die Kosten dieses Verfahrens aufzuerlegen.

Weiterhin wird beantragt,

1. die in § 16 der Sechsten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (6. BayIfSMV) vom 19. Juni 2020, in der Fassung vom 02. September 2020 enthaltenen Bestimmungen, soweit sie eine Maskenpflicht im Unterricht anordnen, bis zu einer Entscheidung über den Normenkontrollantrag außer Vollzug zu setzen und
2. dem Antragsgegner die Kosten dieses Verfahrens aufzuerlegen.

Begründung

Zur besseren Übersicht folgt zunächst eine Gliederung.

A. Normenkontrollanträge

0. Vorbemerkung

I. Sachverhalt

II. Rechtliche Ausführungen

1. Verstoß gegen den Parlamentsvorbehalt – hohe Intensität des Eingriffs bei gleichzeitiger Schulpflicht
2. Inanspruchnahme von Nichtstörer*innen
3. Unverhältnismäßigkeit der beanstandeten Bestimmungen
 - a. Legitimer Zweck- das Infektionsgeschehen
 - aa. Falsch-positive Tests
 - bb. PCR-Tests – Screening- und kein Diagnoseinstrument – Problematik des Ct-Werts
 - cc. Zwischenfazit
 - b. Geeignetheit
 - c. Erforderlichkeit
 - d. (Un-) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne
 - aa. potenzieller Nutzen
 - bb. drohende Schäden

4. Schlussbemerkung

III. Kostenentscheidung

B. Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung

A.

Normenkontrollanträge

0.

Vorbemerkung

Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist die sogenannte Maskenpflicht *im Unterricht* ab der fünften Jahrgangsstufe in den bayerischen Schulen ab Schulbeginn 08.09.20, zunächst für die Dauer von neun Tagen. Wie der nachfolgende Schriftsatz zeigen wird, wird durch die Fassung der Verordnung vom 02.09.2020 in elementare Grundrechte der betroffenen Schüler*innen in unverhältnismäßiger Weise eingegriffen.

Den betroffenen Schüler*innen ist es, anders als im Sachverhalt über den der Verfassungsgerichtshof des Saarlands jüngst zu entscheiden hatte (VerfGH Saarland, Beschluss vom 28.08.2020 - Lv 15/20), gerade nicht möglich, die „Belastung durch das Tragen des MNS zeitlich auf einen kleinen Bruchteil eines Tages und lediglich zu in bestimmten, nicht einmal alltäglich notwendigerweise vorkommenden Situationen zu beschränken.“ Die Schüler*innen sind aufgrund der Verordnung gerade verpflichtet über einen Zeitraum von mindestens 6 Stunden täglich bis hin zu mehr als 10 Stunden die MNB zu tragen. Ansonsten werden sie laut der Verordnung von der Schule verwiesen.

Die von dem Ordnungsgeber angeführte Begründung für die Einführung der Maskenpflicht auch während des Unterrichts ist nicht (ansatzweise) nachvollziehbar. Es ist keine Grundlage dafür ersichtlich, alle Schüler*innen ab der Klassenstufe 5 für die von den Reiserückkehrer*innen aus Risikogebieten möglicherweise eingegangenen Gefahren in Mithaftung zu nehmen. Eine Vielzahl von mildereren Mitteln ist geradezu offensichtlich.

Der Ordnungsgeber ließ ebenfalls (völlig) unberücksichtigt, dass in Deutschland (lediglich) zwei Personen im Alter zwischen 10 und 19 Jahren verstorben sind (Stand 31. August 2020). Sämtliche hierzu verfügbaren Studien belegen, dass die genannte Altersgruppe einen extrem hohen Anteil an asymptomatischen Verläufen hat, andererseits aber durch die Veränderung der Verordnung am Stärksten von den Maßnahmen betroffen ist und in ihren Grundrechten eingeschränkt wird. Den betroffenen Schüler*innen wird daher ein unverhältnismäßig hohes fremdnütziges Sonderopfer abverlangt.

Darüber hinaus ließ sich der Verordnungsgeber von offensichtlich fehlerhaften Bewertungen des Robert Koch-Institutes zu vermeintlich steigenden Fallzahlen leiten. Entgegen der öffentlichen Wahrnehmung und der medialen Berichterstattung ist die Anzahl der Infizierten und schon gar nicht die Quote der positiv Getesteten im Verhältnis zur Anzahl der Testungen in den letzten Wochen angestiegen. Die Quote der positiv Getesteten im Verhältnis zur Anzahl der Testungen ist seit der Kalenderwoche 33 (deutlich) rückläufig.

Darüber hinaus wird weder in der Berichterstattung des Robert Koch-Institutes, noch in der öffentlichen Wahrnehmung die mutmaßliche Anzahl der falsch-positiv Getesteten aufgrund der Fehlerquote von bis zu 1 % angemessen berücksichtigt. Bei entsprechender Bereinigung der Daten um die zu erwartenden falsch-positiv Getesteten würde der Rückgang der mitgeteilten positiv Getesteten noch wesentlich deutlicher ausfallen, was auch seitens des Bundesgesundheitsminister Jens Spahn ausdrücklich in einer öffentlichen Äußerung dargelegt wurde.

Keine Berücksichtigung fand ersichtlich auch der Umstand, dass der PCR-Test, wie in dieser Antragschrift ausführlich dargestellt wird, kein taugliches Instrument für das Aufspüren von Infektiosität ist.

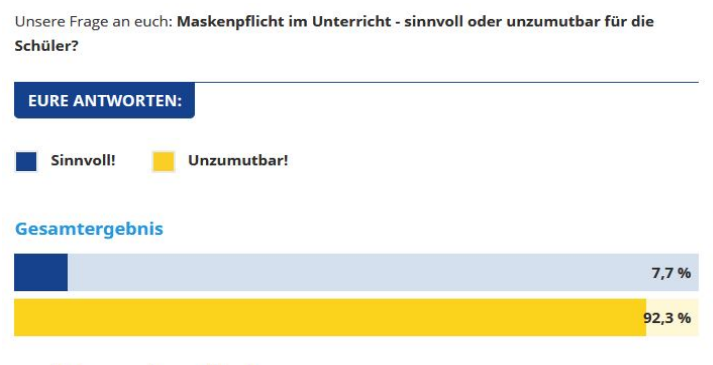
Trotz dieser erheblichen Defizite findet keine Bereinigung der Fallzahlen statt und sie werden weiterhin als Maß aller Dinge angesehen.

Der Verordnungsgeber hätte ferner beachten müssen, dass offensichtlich die Gefährdung der sogenannten Risikogruppen entgegen der öffentlichen Darstellung und medialen Wahrnehmung merklich zurückgegangen ist. Seit mehreren Wochen ist die Zahl der Todesfälle, die im Zusammenhang mit einer SARS-CoV-2-Infektion stehen, deutlich zurückgegangen. Im Übrigen hat sich auch keine besonders auffällige Infektionssterblichkeit bei COVID-19 herauskristallisiert.

Die in der Neufassung des § 16 der Sechsten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (6. BayIfSMV) vom 19. Juni 2020 in der Fassung vom 02. September 2020 enthaltenen Bestimmungen verletzen die betroffenen Schüler*innen, soweit in ihnen eine Maskenpflicht im Unterricht angeordnet wird, in ihren grundgesetzlich garantierten Freiheiten unverhältnismäßig.

Der Umstand, dass dieser Antrag von derart vielen Antragsteller*innen – wobei mehr als nochmal doppelt so viele aus logistischen Gründen nicht hinzugenommen werden konnten – gestellt wird, obgleich dies prozessual nicht notwendig wäre, wie die Unterzeichnenden den Antragsteller*innen auch erläutert haben, ist Ausdruck einer zunehmend ablehnenden Haltung weiter Teile der Gesellschaft – namentlich in der Elternschaft – gegen die Maßnahmen des Verordnungsgebers.

Dass das Rechtsschutzziel der hiesigen Antragsschrift auch von einer überwältigten Mehrheit der Bevölkerung geteilt wird – wobei es darauf selbstverständlich bei der Rechtsfindung nicht ankommt – zeigt auch eine Umfrage des Radiosenders Antenne Bayern vom 02.09.20. Dort schätzt eine überwältigende Mehrheit von 92,3 % eine Maskenpflicht während des Unterrichts als unzumutbar ein.



Die Kinder und Jugendlichen können mit Fug und Recht als die größten Verlierer*innen der Krise bezeichnet werden. In ihre Rechten wurde als erstes durch die Schließungen der Schulen und der Kindertagesstätten – mit allen damit im Zusammenhang stehenden Folgen – eingegriffen und sie müssen mit als Letzte erheblich unter den Maßnahmen, die sich der Verordnungsgeber ersinnt, leiden.

I. Sachverhalt

Der Antragsteller*innen wenden sich gegen die Bestimmungen in **§ 16 der Sechsten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (6. BayIfSMV) vom 19. Juni 2020, in der Fassung vom 02. September 2020, soweit sie eine Maskenpflicht im Unterricht anordnen.**

Die hier in Rede stehenden Bestimmungen haben folgenden Wortlaut:

§ 16 Schulen

(1) ¹Unterricht und sonstige Schulveranstaltungen an Schulen im Sinne des Bayerischen Gesetzes über das Erziehungs- und Unterrichtswesen (BayEUG) sind zulässig, wenn durch geeignete Maßnahmen sichergestellt ist, dass dem Infektionsschutz Rechnung getragen wird. ²Zu diesem Zweck haben die Schulen ein Schutz- und Hygienekonzept auf der Grundlage eines ihnen von den Staatsministerien für Unterricht und Kultus und für Gesundheit und Pflege zur Verfügung gestellten Hygieneplans (Rahmenhygieneplan) auszuarbeiten und auf Verlangen der zuständigen Kreisverwaltungsbehörde vorzulegen.

(2) ¹Auf dem Schulgelände besteht Maskenpflicht. ²Unbeschadet des § 1 Abs. 2 sind von dieser Pflicht ausgenommen

1. Schülerinnen und Schüler
 - a) an den Grundschulen und der Grundschulstufe der Förderschulen nach Einnahme ihres Sitzplatzes im jeweiligen Unterrichtsraum,
 - b) nach Genehmigung der aufsichtführenden Lehrkraft aus zwingenden pädagogisch-didaktischen oder schulorganisatorischen Gründen sowie
2. an den Grundschulen und der Grundschulstufe der Förderschulen Lehrkräfte und sonstiges Personal nach Erreichen des jeweiligen Arbeitsplatzes im Unterrichtsraum und im Lehrerzimmer.

³Wird der Verpflichtung nach den Sätzen 1 und 2 nicht nachgekommen, soll die Schulleiterin oder der Schulleiter die Person des Schulgeländes verweisen; für Schülerinnen und Schüler gilt dies nur ab der Jahrgangsstufe 5.

(3) ¹Die zuständigen Kreisverwaltungsbehörden können unter Berücksichtigung des Rahmenhygieneplans nach Abs. 1 weitergehende Anordnungen erlassen, wenn am jeweiligen Schulort ein erhöhtes Risiko für eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 besteht. ² § 23 bleibt unberührt.

Jede*r der Antragsteller*innen zu 1) bis 100) besucht eine weiterführende Schule in Bayern, sodass sie alle von den hier beanstandeten Bestimmungen, sprich der Maskenpflicht im Unterricht, betroffen sind. So besuchen die Antragstellerin zu 1) [REDACTED] und der Antragsteller zu 2) [REDACTED]

Im Hinblick auf die jeweilige Schule und Klassenstufe der weiteren bzw. aller Antragsteller*innen wird aus Gründen der Übersichtlichkeit auf die **Anlage 1** verwiesen. Dort wurde tabellarisch erfasst, welche*r Antragsteller*in auf welche Schule und in welche Klasse geht. Die Tabelle wird auch zum Gegenstand der hiesigen Antragschrift gemacht. Sollte der Senat der Ansicht sein, dass der vorgenannte Vortrag in schriftsätzliche Form zu bringen ist, wird um einen entsprechenden Hinweis gebeten.

Klarstellend wird auch nochmal darauf hingewiesen, dass die Maskenpflicht als solche nicht Gegenstand des Verfahrens ist, sondern konkret nur die **sanktionierte Maskenpflicht von Schüler*innen (ab der Jahrgangsstufe 5) während des Unterrichts**, die in dem in der streitgegenständlichen Verordnung geregelten Umfang aktuell – soweit ersichtlich – nur in Bayern besteht.

II.

Rechtliche Ausführungen

Die Normenkontrollanträge sind zulässig und begründet.

Die Anträge sind statthaft gemäß § 47 Abs. 1 Nr. 2 Verwaltungsgerichtsordnung (im Folgenden: VwGO) i.V.m. Art. 5 Satz 1 des Gesetzes zur Ausführung der Verwaltungsgerichtsordnung.

Vor dem Hintergrund der nur kurzen Geltungsdauer der hier verfahrensgegenständlichen Bestimmungen der Verordnung ist es nach hiesiger Ansicht statthaft, die hier gestellten Anträge vor dem *tatsächlichen* Wirken der bereits In Kraft getretenen Bestimmungen zu stellen. Diese Auffassung wurde auch vom hiesigen Senat im Zusammenhang mit vorangegangenen Normenkontroll(eil)verfahren in Bezug auf die dort beanstandeten infektionsschutzrechtlichen Bestimmungen (vgl. z.B. BayVGH Az.: 20 NE 20.843) geteilt.

Die Antragsteller*innen sind auch nach § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO antragsbefugt.

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.

Die Vorschrift des § 16 Abs. 2 Satz 1 BayIfSMV bzw. der in Abs. 1 und Abs. 3 unter Bezug genommene und auch hier zum Verfahrensgegenstand gemachte Rahmenhygieneplan, ordnet an, dass auf dem Schulgelände Maskenpflicht besteht. Dies angeordnete Maskenpflicht

gilt für die hiesigen Antragsteller*innen, die alle weiterführende Schulen in Bayern besuchen, auch **während des Schulunterrichts**.

Ohne den Nachweis einer medizinischen Evidenz im Hinblick auf die Frage der gesundheitlichen Sinnhaftigkeit des Tragens einer „Mund-Nasen-Bedeckung“, werden die Normadressat*innen zum Experimentierobjekt staatlicher Behörden und somit de facto zum Objekt staatlichen Handelns gemacht, so dass das (bußgeldbewehrte) Gebot zum Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung eine Betroffenheit der **Menschenwürdegarantie in Art. 1 Abs. 1 GG** zu Folge hat.

Der rechtswidrige Eingriff in das **Allgemeinen Persönlichkeitsrecht** gemäß Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ergibt sich durch den durch die angegriffenen Vorschriften angeordneten Zwang während des gesamten Aufenthalts auf dem Schulgelände eine Mund-Nasen-Bedeckung zu tragen. Dies greift in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, vornehmlich in Ausprägung des Rechts auf Selbstdarstellung ein.

Insbesondere liegt auch eine Beschwer im Hinblick auf das **Recht auf körperliche Unversehrtheit** Art. 2 Abs. 2 S. 1 Var. 2 GG vor, da sich die Normadressat*innen im Falle einer Befolgung der Maskentragpflicht durch das stundenlange Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung einem erhöhten Infektionsrisiko mit diversen Keimen aussetzen und durch das Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung Probleme mit der Sauerstoffversorgung entstehen. Auch psychosomatische Schädigungen sind zu erwarten.

Eingegriffen wird ferner in die **Glaubensfreiheit**.

Jedenfalls hilfsweise, im Sinne des **durch Art. 2 Abs. 1 GG** vermittelten subsidiären Grundrechtsschutzes, liegt durch die Verpflichtung des Tragens einer Mund-Nasen-Bedeckung während des Schulunterrichts im Hinblick auf das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit ein Grundrechtseingriff vor, da die Normadressat*innen durch die Vorschrift daran gehindert werden, die Schule ohne Mund-Nasen-Bedeckung zu betreten, bzw. ohne sie am Unterricht teilzunehmen.

In § 16 Abs. 2 Satz 3 BayIfSMV ist sogar postuliert, dass Schulleiter*innen diejenigen Personen des Schulgeländes verweisen sollen, die z.B. gegen die hier beanstandete Maskenpflicht

verstoßen. Hierin ist ein Verstoß gegen das **Recht auf Bildung** nach Art. 2 ZP 1 EMRK zu erblicken.

Die Normenkontrollanträge sind auch begründet.

Die angegriffenen Vorschriften sind ungültig und mithin für unwirksam zu erklären (vgl. § 47 Abs. 5 Satz 2 Halbsatz 1 VwGO). Sie verstoßen 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 angegriffenen Vorschriften verletzen höherrangiges Recht in Form der vorgenannten Grundrechte. Darüber hinaus stellen sie eine verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung dar (Art. 3 Abs. 1 GG). Eine nachvollziehbare Rechtfertigung dafür, dass Schüler*innen der Klassen 1 bis 4 für die Zeit, in der sie ihren Platz im Klassenzimmer eingenommen haben, von der Maskenpflicht befreit sind, diejenigen ab der Klassenstufe 5 hingegen nicht, ist nicht ersichtlich. Besonders augenfällig wird dies bei der Grenzziehung zwischen der Klassenstufe 4 und 5.

Die Schutzbereiche dieser Grundrechte sind eröffnet und die hier beanstandete Bestimmungen greifen evident in diese ein.

Ob ein Recht auf (schulische) Bildung auch aus dem Grundgesetz folgt, ist umstritten; das Bundesverfassungsgericht hat diese Frage bisher offengelassen.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 27. November 2017 – 1 BvR 1555/14 –, juris, Rn. 25.

Das **Recht auf Bildung** ergibt sich aber eindeutig aus Art. 2 ZP 1 EMRK (BGBl. II S. 1198, 1218). Hiernach darf niemandem das Recht auf Bildung verwehrt werden. Der Staat hat bei Ausübung der von ihm auf dem Gebiet der Erziehung und des Unterrichts übernommenen Aufgaben das Recht der Eltern zu achten, die Erziehung und den Unterricht entsprechend ihren eigenen religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen sicherzustellen. Durch Ratifikation seitens der Bundesrepublik Deutschland ist das Recht auf Bildung in der Rangstufe eines einfachen Bundesgesetzes in die Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland transformiert worden.

Diese Eingriffe sind verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt, da es hierfür an einer verfassungsrechtlich tragfähigen, hinreichend bestimmten und parlamentarisch gedeckten gesetzlichen Grundlage fehlt. Die durch die angegriffenen Bestimmungen in Anspruch genommene Allgemeinheit kann auf der Grundlage des § 28 Abs. 1 IfSG nicht zur Gefahrenabwehr herangezogen werden. Es liegt weiterhin – wie bereits dargelegt – ein Verstoß gegen den grundgesetzlichen allgemeinen Gleichheitsgrundsatz vor. Darüber hinaus verstoßen die angeordneten Maßnahmen evident gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

Im Einzelnen:

1.

Verstoß gegen den Parlamentsvorbehalt – hohe Intensität des Eingriffs bei gleichzeitiger Schulpflicht

§ 32 Satz 1 und 2 i. V. m. § 28 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 IfSG ist keine verfassungsgemäße Ermächtigungsgrundlage für den Erlass der angegriffenen Vorschriften, weil insoweit nicht den Anforderungen des Parlamentsvorbehaltes und der Wesentlichkeitslehre Genüge getan wird. Die Antragsteller*innen sehen sich dabei – soweit ersichtlich – im Einklang mit sämtlichen Vertreter*innen der Rechtslehre, die sich bisher zu dieser Frage geäußert haben (zuletzt Trute, JM 2020, 291, 295).

Auch sei darauf hingewiesen, dass der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg sowie der hiesige Senat die Frage, ob § 28 Abs. 1, § 32 Satz 1 IfSG im Hinblick auf den Vorbehalt des

Gesetzes in seiner Ausprägung als Parlamentsvorbehalts eine ausreichende Ermächtigungsgrundlage für die durch die Landesregierungen verordneten Maßnahmen darstellen, zumindest als **offen** und im Hauptsacheverfahren für klärungsbedürftig halten.

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

„1) Rechtsstaatsprinzip und Demokratiegebot verpflichten den Gesetzgeber, die für die Grundrechtsverwirklichung maßgeblichen Regelungen im Wesentlichen selbst zu treffen und diese nicht dem Handeln und der Entscheidungsmacht der Exekutive zu überlassen. Wann es aufgrund der Wesentlichkeit einer Entscheidung einer Regelung durch den parlamentarischen Gesetzgeber bedarf, hängt vom jeweiligen Sachbereich und der Eigenart des betroffenen Regelungsgegenstandes ab. Die verfassungsrechtlichen Wertungskriterien sind dabei den tragenden Prinzipien des Grundgesetzes, insbesondere den darin verbürgten Grundrechten zu entnehmen. Danach bedeutet wesentlich im grundrechtsrelevanten Bereich in der Regel „wesentlich für die Verwirklichung der Grundrechte“. Eine Pflicht zum Tätigwerden des Gesetzgebers besteht insbesondere in mehrdimensionalen, komplexen Grundrechtskonstellationen, in denen miteinander konkurrierende Freiheitsrechte aufeinander treffen und deren jeweilige Grenzen fließend und nur schwer auszumachen sind. Eine solche Pflicht ist regelmäßig auch dann anzunehmen, wenn die betroffenen Grundrechte nach dem Wortlaut der Verfassung ohne Gesetzesvorbehalt gewährleistet sind und eine Regelung, welche diesen Lebensbereich ordnen will, damit notwendigerweise ihre verfassungsimmanenten Schranken bestimmen und konkretisieren muss. Grundsätzlich können zwar auch Gesetze, die gemäß Art. 80 Abs. 1 GG zu Rechtsverordnungen ermächtigen, den Voraussetzungen des Gesetzesvorbehalts genügen, die wesentlichen Entscheidungen müssen aber durch den parlamentarischen Gesetzgeber selbst erfolgen. Die Wesentlichkeitsdoktrin beantwortet daher nicht nur die Frage, ob überhaupt ein bestimmter Gegenstand gesetzlich zu regeln ist. Sie ist vielmehr auch dafür maßgeblich, wie genau diese Regelungen im Einzelnen sein müssen (st. Rspr., vgl. BVerfG, Beschl. v. 14.03.1989 - 1 BvR 1033/82 u.a. - BVerfGE 80, 1, 20; Beschl. v. 21.04.2015 - 2 BvR 1322/12 u.a. - BVerfGE 139, 19, m.w.N.).

Der Schutz der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG erlaubt Eingriffe nur auf der Grundlage einer gesetzlichen Regelung, die Umfang und Grenzen des Eingriffs deutlich erkennen lässt. Insoweit muss der Gesetzgeber selbst alle wesentlichen Entscheidungen treffen, soweit sie gesetzlicher Regelung zugänglich sind. Zwar gebietet Art. 12 Abs. 1 GG nicht, dass jede Einschränkung der Berufsfreiheit stets unmittelbar durch den parlamentarischen Gesetzgeber selbst angeordnet werden muss. Jedoch sind die Anforderungen an die Bestimmtheit der Ermächtigung umso höher, je empfindlicher die freie berufliche Betätigung beeinträchtigt wird und je stärker die Interessen der Allgemeinheit von der Art und Weise der Tätigkeit berührt werden (BVerfG, Beschl. v. 12.06.1990 - 1 BvR 355/86 - BVerfGE 82, 209, 224; BVerwG, Beschl. v. 07.09.1992 - 7 NB 2/92 - BVerwGE 90, 359, 362; Urt. v. 16.10.2013 - 8 CN 1/12 - BVerwGE 148, 133).

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

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

[...]

Die Schließung einer Vielzahl von Verkaufsstellen und Dienstleistungsbetrieben durch eine Rechtsverordnung ist jedoch von einer sehr beträchtlichen Eingriffstiefe. Die Intensität des damit verbundenen Eingriffs in die Berufsfreiheit ist für jeden einzelnen betroffenen Betrieb, der sich auf Art. 12 Abs. 1 GG berufen kann, ausgesprochen hoch. Denn der Eingriff führt für sie für einen längeren Zeitraum zu einem weitgehenden oder vollständigen Wegfall jeglichen Umsatzes. Den Betroffenen ist es zudem praktisch unmöglich, den Wirkungen dieses Eingriffs auszuweichen. Die Schließung hat daher für zahlreiche Verkaufsstellen und Dienstleistungsbetriebe außerordentliche, die wirtschaftliche Existenz mindestens infrage stellende Wirkung. So haben nach der Mitteilung des Leiters der Regionaldirektion der Bundesagentur für Arbeit vom 31.03.2020 mehr als 70.000 Firmen in Baden-Württemberg seit dem Beginn der Coronavirus-Krise Kurzarbeit angemeldet, wobei etwa ein Drittel davon aus dem Gastgewerbe und dem Handel komme (vgl. <https://www.swr.de/swraktuell/baden-wuerttemberg/coronavirus-liveblog-bw-100.html>). Diese sehr gravierenden Auswirkungen können dafür sprechen, dass die Vorschriften in § 32 Satz 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 1, 2 IfSG die Voraussetzungen, den Umfang und insbesondere die Grenzen dieses Eingriffs nicht ausreichend erkennen lassen und daher wegen Verstoßes gegen den Parlamentsvorbehalt nicht verfassungsgemäß sind. Denn die in § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG enthaltene Befugnis zum Erlass der „notwendigen Schutzmaßnahmen“ ist nur begrenzt durch das Tatbestandsmerkmal der Notwendigkeit und durch den Halbsatz „soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist“. Und § 28 Abs. 1 Satz 2 IfSG beschränkt sich nach seinen ausdrücklich geregelten Befugnissen darauf, die Zulässigkeit der Beschränkung oder des Verbots von Veranstaltungen und Ansammlungen, der Schließung von Badeanstalten und Gemeinschaftseinrichtungen i.S.v. § 33 IfSG und der Verpflichtung, bestimmte Orte nicht zu verlassen oder nicht zu betreten, zu regeln. Allein aus dem Umstand, dass der

Bundesgesetzgeber mit dem Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 27.03.2020 das Infektionsschutzgesetz in Kenntnis der zuvor praktisch bundesweit erfolgten Schließung von Verkaufsstellen und Dienstleistungsbetrieben geändert hat, folgt voraussichtlich keine Einhaltung der Anforderungen des Parlamentsvorbehalts (so aber wohl BayVGH, Beschl. v. 30.03.2020 - 20 CS 20.611 - juris Rn. 17). Denn der Gesetzgeber hat in § 28 Abs. 1 IfSG - wie bereits dargestellt - kleine Änderungen vorgenommen, aus denen nicht erkennbar ist, dass die umfassende Schließung von Verkaufsstellen und Dienstleistungsbetrieben zulässig sein soll.“

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

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

„Weil jedoch die BayIfSMV in erheblichem Maß in zahlreiche Grundrechte der Bürger eingreift und die Überprüfung ihrer Verfassungsmäßigkeit (vgl. nur BVerfG, B.v. 10.4.2020 - 1 BvR 755/20 - juris) und die ihrer Ermächtigungsgrundlage (vgl. hierzu kritisch VGH Baden-Württemberg: B.v. 9.4.2020 - 1 S 925/20 - bisher unveröffentlicht) nur nach eingehender Prüfung in einem Hauptsacheverfahren erfolgen kann, sind die Erfolgsaussichten in der Hauptsache offen.“

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

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 bereits der hiesige Senat mit Beschluss vom 27. April 2020 - 20 NE 20.793:

„Der Senat ist im Rahmen seiner bisherigen Eilentscheidungen vorläufig davon ausgegangen, dass die bislang auf die §§ 32, 28 IfSG gestützten Maßnahmen mit dem Vorbehalt des Gesetzes vereinbar sind. Sollte sich aufgrund der Fortentwicklung der Pandemielage jedoch zeigen, dass die grundrechtsbeeinträchtigenden Maßnahmen nicht mehr nur kurzfristiger Natur sind, sondern längere Zeit fortauern, erscheint zweifelhaft, ob der Vorbehalt des Gesetzes als wesentlicher Grundsatz einer parlamentarischen Staatsform ohne den Erlass eines Maßnahmegesetzes durch den parlamentarischen Bundesgesetzgeber als Rechtsgrundlage für mittelfristig und langfristig wirkende Maßnahmen gewahrt werden kann.“

<https://openjur.de/u/2199213.html>

Denn aufgrund der bisherigen Geltungsdauer der hier im Raum stehenden erheblichen Grundrechtseingriffe, **kann 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 eine entsprechend bestimmte Ermächtigungsgrundlage zu schaffen. Sie haben dies unterlassen. Insoweit ist ein Rückgriff auf die Generalklausel zumindest nunmehr nicht mehr gerechtfertigt.

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

„Der Beschwerdeführer wendet sich – soweit er die Verpflichtung zum Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung angreift – **gegen eine vergleichsweise geringe, zeitlich im Tagesablauf vorübergehende** und keinen wesentlichen Aufwand erfordernde Beschränkung seiner grundrechtlichen allgemeinen Handlungsfreiheit und seines Persönlichkeitsrechts, die das Oberverwaltungsgericht zu Recht als „Unannehmlichkeit“ bezeichnet hat. Der Grundrechtseingriff betrifft also **eine zeitlich auf einen kleinen Bruchteil eines Tages beschränkte Belastung in bestimmten, nicht einmal alltäglich notwendigerweise vorkommenden Situationen.** Material, Form und Preis einer „Alltagsmaske“ kann jede betroffene Person selbst bestimmen.

Gleiches gilt von der jeweiligen Dauer der Belastung. Die grundrechtliche Beschwer ist folglich nicht von einem solchen Gewicht, dass ihre Auferlegung so „wesentlich“ für die Ausübung der allgemeinen Handlungsfreiheit und des Persönlichkeitsrechts wäre, dass sie einer detaillierten formellgesetzlichen Regelung bedürfte.“

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

Hieraus geht hervor, dass der entscheidende Grund, keinen Verstoß gegen den Parlamentsvorbehalt zu erblicken, der Umstand war, dass die dort verfahrensgegenständliche allgemeine Maskenpflicht nach Auffassung des Gerichts nur einen Eingriff in einen „kleinen Bruchteil eines Tages“ darstellt und „nicht einmal alltäglich“ vorkomme. Anders verhält es sich hier. Der verfahrensgegenständliche Eingriff ist offenkundig von **ungleich höherer Intensität** und hält hier mindestens neun Tage über mindestens, nahezu täglich, sechs Stunden an.

Erschwerend kommt hier hinzu, dass sich die Antragsteller*innen aufgrund der bestehenden **Schulpflicht** der **Maskenpflicht nicht durch eigenmächtiges Fernbleiben entziehen können**. Damit unterscheidet sich dieser Bezugsrahmen erheblich von dem in anderen Situationen, in denen der Ordnungsgeber zwar auch eine Maskenpflicht statuiert, aber in welchen die Betroffenen entscheiden können, **ob** sie sich in diese Situation begeben.

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:

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

2.

Inanspruchnahme von Nichtstörer*innen

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

Die angegriffenen Bestimmungen richten sich gegen jede Person, die sich auf dem Staatsgebiet des Freistaats Bayern in einer weiterführenden Schule aufhält, unabhängig davon ob es sich dabei um einen Kranken, Krankheitsverdächtigen, Ansteckungsverdächtigen oder Ausscheider i.S.d. § 28 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 2 IfSG handelt.

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 weiterzuerbreiten, 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 angegriffenen Bestimmungen betroffenen und als Normadressat*innen in Anspruch genommenen Personen 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.

Insbesondere rechtfertigt auch der pauschale Verdacht gegen sog. „Reiserückkehrer*innen“ nicht die Annahme, dass es sich um **Ansteckungsverdächtige** handelt. Hierzu führte zuletzt der Virologe Drosten, wie bei Focus online am 01.09.20 zu lesen war, aus:

„Drosten weist außerdem auf die Schwierigkeit in der Bewertung der positiven Reiserückkehrertests hin. "Die Menschen haben sich an den unterschiedlichsten Orten ganz unterschiedlich verhalten", betont er. Nicht alle seien Urlauber, andere seien eher Familienbesucher, hatten Kontakt zu viel mehr Menschen. In anderen Ländern gebe es zudem häufig ein anderes Verständnis der Gefährlichkeit der Pandemie.

Zudem mache es einen großen Unterschied, ob sich jemand im Ausland infiziert und dort seine Infektion durchgemacht habe. Dann liege das Quellcluster auch im Ausland, die Person sei häufig gar nicht mehr infektiös und könne, zurück in Deutschland, gar niemanden mehr anstecken. "Den muss man anders betrachten als einen frisch symptomatischen, der vor wenigen Tagen auf einer großen Grillveranstaltung war", betont Drosten. Beide seien nach PCR-Test positiv - hätten jedoch eine andere Bedeutung für das Infektionsgeschehen.“

https://www.focus.de/gesundheit/news/virologe-in-ndr-podcast-christian-drosten-macht-radikal-vorschlag-um-lockdowns-in-zukunft-zu-verhindern_id_12382455.html

Zwar können gemäß § 28 Abs. 1 IfSG nach höchstrichterliche Rechtsprechung grundsätzlich – auch wenn sie nicht explizit genannt sind – sog. Nichtstörer – wie die Antragsteller*innen sie sind – in Anspruch genommen werden, allerdings ist eine derartige undifferenzierte Inanspruchnahme aller in Bayern ab der Klasse 5 beschulter Schüler*innen – und damit der

Allgemeinheit – hiermit nicht möglich. Ein derart undifferenzierter, entgrenzter Zugriff ist nicht gerechtfertigt.

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

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

Dort heißt es u.a.:

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

Aus den Gesetzesmaterialien lässt sich ferner entnehmen:

„Vielmehr enthält der neue Absatz 1 Satz 1 als wichtigste Änderung ähnlich wie § 10 Abs. 1 für die Verhütung eine allgemeine Ermächtigung, die notwendigen Maßnahmen zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten zu erlassen. Die Grundsätze der Notwendigkeit, des geringstmöglichen Eingriffs und der Verhältnismäßigkeit des Mittels schränken das Ermessen der zuständigen Behörde in dem gebotenen Maße ein. Die den Behörden bisher zur Verfügung stehenden abschließend aufgezählten Schutzmaßnahmen einschließlich der im bisherigen § 43 vorgesehenen „Maßnahmen gegenüber der Allgemeinheit“ erscheinen für eine sinnvolle und wirksame Bekämpfung übertragbarer Krankheiten zu eng. So war z. B. im Gesetz bisher nicht vorgesehen, daß einem Kranken, Krankheitsverdächtigen usw. neben den ihm obliegenden Handlungs- und Duldungspflichten, wenn er unter Beobachtung gestellt war (§ 36 Abs. 2), auch sonstige Verhaltensmaßregeln auferlegt werden konnten, etwa das Gebot der persönlichen Desinfektion (Händedesinfektion), das nicht von § 39

bisheriger Fassung erfaßt wird oder das Verbot, bestimmte Örtlichkeiten (z. B. eine Gaststätte, Lebensmittelgeschäfte) aufzusuchen, um nicht zu dem harten Mittel der räumlichen Absonderung nach § 37 greifen zu müssen. Die Fülle der Schutzmaßnahmen, die bei Ausbruch einer übertragbaren Krankheit in Frage kommen können, läßt sich von vorneherein nicht übersehen. Man muß eine generelle Ermächtigung in das Gesetz aufnehmen, will man für alle Fälle gewappnet sein. Die Maßnahmen können vor allem nicht nur gegen die in Satz 1 (neu) Genannten, also gegen Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige usw. in Betracht kommen, sondern auch gegenüber „Nichtstörern“. So etwa das Verbot an jemanden, der (noch) nicht ansteckungsverdächtig ist, einen Kranken aufzusuchen.“

BTDrucks 8/2468 S. 27 f.

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

Vor dem Hintergrund, dass sogar schon der Nichtstörer nicht explizit im Gesetz genannt ist und eine Inanspruchnahme **nur entgegen dem Gesetzeswortlaut und der Gesetzessystematik** unter Bezugnahme auf die Grundsätze des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts begründet werden kann, ist evident, dass die Grenze jedenfalls dann überschritten ist, wenn – wie hier – eine unterscheidungslose Inanspruchnahme quasi aller Schüler*innen 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 aller der Hoheitsgewalt unterworfenen Personen und mithin der Allgemeinheit stellt einen derart gravierenden Eingriff in grundrechtliche Gewährleistungsgehalte einer unabsehbaren Vielzahl von

Grundrechtsträger*innen dar, dass lediglich der unmittelbar demokratisch legitimierte Parlamentsgesetzgeber hierzu berufen ist.

Vorliegend ist außerdem darauf hinzuweisen, dass es sich bei den hier betroffenen Schüler*innen nicht nur um keine Störer*innen handelt, sondern sie sind nach allen bisher vorliegenden wissenschaftlichen Erkenntnissen darüber hinaus kaum von der Infektion, geschweige denn von der Krankheit betroffen.

Im Einzelnen:

Trotz aller Unterschiede in den einzelnen Bundesländern ist festzuhalten, dass das Infektionsgeschehen in Schulen generell extrem gering ist. In einigen Bundesländern wurden auch Untersuchungen zur Verbreitung gemacht. So wurde in Leipzig am 03.08.2020 eine „Studie zur Bewertung des Infektionsgeschehens mit SARS-CoV-2 bei Lehrkräften, Schülerinnen und Schülern in Sachsen“ von Professor Wieland Kiess vorgestellt:

<https://www.bildung.sachsen.de/blog/wp-content/uploads/2020/08/Studie-Prof.-Kiess.pdf>

Die Infektionslage in den untersuchten Schulen war zum Untersuchungszeitpunkt unbedenklich. Die Leipziger Studie bestätigt damit die Ergebnisse der Dresdner Studie: Beide Studien zeigen, dass die Infektionslage an Sachsens Schulen gering ist. Die Leipziger Mediziner*innen untersuchten auch die Auswirkungen der Corona-Maßnahmen auf die soziale und psychische Situation der Schüler*innen. Mehr als dreiviertel aller Schulkinder wünschten sich, dass sie wieder normal zur Schule gehen können.

„Die akute Ansteckung lag laut der Studie bei Null, von 2599 Kindern und Lehrern war keiner infiziert“,

sagte Professor Wieland Kiess, Direktor der Klinik und Poliklinik für Kinder- und Jugendmedizin am Universitätsklinikum Leipzig, bei der Vorstellung der Ergebnisse in Dresden. In 0,6 % von 2.338 Blutproben (14 Proben) fanden sich demnach Antikörper als Hinweis auf eine überstandene Corona-Infektion.

Die Rachenabstriche und Blutproben waren von Schüler*innen und Lehrkräften an zehn Grundschulen und neun Gymnasien in Sachsen genommen worden. Kinder seien im untersuchten Zeitraum kaum von Corona betroffen gewesen, fasste Kiess die Studienergebnisse zusammen, die eine Analyse seiner Dresdner Kollegen vom Juli bestätigen. Auch nach dem Resümee dieser Gruppe hatten sich Schulen nach ihrer Wiedereröffnung in der Corona-Krise nicht als Schwerpunkte bei Infektionen erwiesen.

Ferner ist darauf hinzuweisen, dass in Deutschland (lediglich) zwei Personen im Alter zwischen 10 und 19 Jahren verstorben sind (Stand 31. August 2020). Die zeigt, welch hohes fremdnützige Sonderopfer die Schulkinder bringen sollen.

<https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1104173/umfrage/todesfaelle-aufgrund-des-coronavirus-in-deutschland-nach-geschlecht/>

Ebenso zeigt eine Studie aus Norwegen, dass geöffnete Schulen das Infektionsgeschehen nicht negativ beeinflussen. Dort wurden die Schulen bereits vor Monaten wieder geöffnet, ohne dass dies das Infektionsgeschehen nachteilig beeinflusst hätte.

<https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/112774/Behoerde-sieht-keine-erhoehte-Ansteckungsrate-in-Norwegen-durch-Schuloeffnungen>

Es ist nicht erkennbar, warum dies in Deutschland anders zu beurteilen sein soll.

3.

Unverhältnismäßigkeit der beanstandeten Bestimmungen

Die angegriffenen Regelungen der Verordnung verstoßen gegen das Gebot der Verhältnismäßigkeit. Das ist auch bei nur summarischer Prüfung evident.

Diesseits wird bereits bezweifelt, dass es aktuell (noch) einen legitimen Zweck für die „Corona-Maßnahmen“ im Allgemeinen und für die hier beanstandeten Bestimmungen im Besonderen gibt.

Vor dem Hintergrund, dass die Antragsteller*innen eine **rasche Entscheidung vor Schulbeginn** anstreben, wird das Vorbringen auf das Notwendigste beschränkt. Im Übrigen

wird davon ausgegangen, dass dem Senat die aktuelle Datenlage sowie weitestgehend die Argumente, die gemeinhin – auch diesseits bereits seitens der Unterzeichnerin im beim hiesigen Senat anhängigen Verfahren mit dem Aktenzeichen 20 N 20.1014 – vorgebracht werden, bekannt sind. Weiteren Vortrag im Hauptsacheverfahren behalten wir uns vor.

**a.
legitimer Zwecke – das Infektionsgeschehen**

Abgesehen davon, die 7-Tages-Inzidenz in Bayern Stand 02.09.2020 lediglich bei 13,9 Fälle/100.000 Einwohner*innen liegt:

Bundesland	Fälle kumulativ			Letzte 7 Tage		Todesfälle kumulativ	
	Fälle	Differenz Vortag	Fälle/100.000 Einw.	Fälle	Fälle/100.000 Einw.	Fälle	Fälle/100.000 Einw.
Baden-Württemberg	42.367	248	383	1.477	13,3	1.867	16,9
Bayern	57.781	296	442	1.816	13,9	2.641	20,2

https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Sept_2020/2020-09-02-de.pdf?__blob=publicationFile

und damit seit einigen Tagen – bis auf einen Ausreißer – **sinkt**:

Stand 01.09.2020:

Tagen an das Gesundheitsamt gemeldet worden sind.

Bundesland	Fälle kumulativ			Letzte 7 Tage		Todesfälle kumulativ	
	Fälle	Differenz Vortag	Fälle/100.000 Einw.	Fälle	Fälle/100.000 Einw.	Fälle	Fälle/100.000 Einw.
Baden-Württemberg	42.119	177	380	1.543	13,9	1.866	16,9
Bayern	57.485	266	440	1.839	14,1	2.640	20,2

https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Sept_2020/2020-09-01-de.pdf?jsessionid=3F5717DB7675AE7BEC059F683112825C.internet112?__blob=publicationFile

Stand 31.08.2020:

Bundesland	Fälle kumulativ			Letzte 7 Tage		Todesfälle kumulativ	
	Fälle	Differenz Vortag	Fälle/100.000 Einw.	Fälle	Fälle/100.000 Einw.	Fälle	Fälle/100.000 Einw.
Baden-Württemberg	41.942	169	379	1.597	14,4	1.866	16,9
Bayern	57.219	160	438	1.931	14,8	2.639	20,2

https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/2020-08-31-de.pdf?__blob=publicationFile

Stand 30.08.2020:

Bundesland	Fälle kumulativ			Letzte 7 Tage		Todesfälle kumulativ	
	Fälle	Differenz Vortag	Fälle/100.000 Einw.	Fälle	Fälle/100.000 Einw.	Fälle	Fälle/100.000 Einw.
Baden-Württemberg	41.773	199	377	1.571	14,2	1.866	16,9
Bayern	57.059	87	436	1.889	14,4	2.638	20,2

https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/2020-08-30-de.pdf?__blob=publicationFile

Stand 29.08.2020:

Bundesland	Fälle kumulativ			Letzte 7 Tage		Todesfälle kumulativ	
	Fälle	Differenz Vortag	Fälle/100.000 Einw.	Fälle	Fälle/100.000 Einw.	Fälle	Fälle/100.000 Einw.
Baden-Württemberg	41.574	326	376	1.553	14,0	1.862	16,8
Bayern	56.972	333	436	1.986	15,2	2.638	20,2

https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/2020-08-29-de.pdf?__blob=publicationFile

ist darauf hinzuweisen, dass es für die Beurteilung des Infektionsgeschehens **nicht** auf die **absoluten Fallzahlen** ankommt, sondern primär auf die **Positivenquote**. Diese beträgt **seit zehn Wochen**, seit KW 26, lediglich rund 1 % **und sinkt aktuell sogar deutlich**:

Tabelle 5: Anzahl der SARS-CoV-2-Testungen in Deutschland (Stand 01.09.2020); *KW=Kalenderwoche

KW* 2020	Anzahl Testungen	Positiv getestet	Positivenquote (%)	Anzahl übermittelnde Labore
Bis einschließlich KW10	124.716	3.892	3,12	90
11	127.457	7.582	5,95	114
12	348.619	23.820	6,83	152
13	361.515	31.414	8,69	151
14	408.348	36.885	9,03	154
15	380.197	30.791	8,10	164
16	331.902	22.082	6,65	168
17	363.890	18.083	4,97	178
18	326.788	12.608	3,86	175
19	403.875	10.755	2,66	182
20	432.666	7.233	1,67	183
21	353.467	5.218	1,48	179
22	405.269	4.310	1,06	178
23	340.986	3.208	0,94	176
24	327.196	2.816	0,86	173
25	388.187	5.316	1,37	176
26	467.413	3.689	0,79	180
27	506.490	3.104	0,61	151
28	510.551	2.992	0,59	179
29	538.701	3.497	0,65	177
30	572.967	4.534	0,79	182
31	581.037	5.699	0,98	168
32	733.990	7.330	1,00	168
33	891.988	8.661	0,97	188
34	1.053.521	8.903	0,85	193
35	1.101.299	8.178	0,74	181
Summe	12.383.035	282.600		

Hieraus lässt sich auch ablesen, dass offensichtlich der Umstand, dass nahezu alle anderen Bundesländer auf die Einführung einer Maskenpflicht im Unterricht verzichtet haben, die Positivenrate bundesweit **nicht** hat ansteigen lassen. Im Gegenteil: Sie ist gesunken. Trotz dessen, dass **über eine Million Tests** durchgeführt wurden.

aa.

Falsch-positive Tests

Der PCR-Test ist bei dem derzeitigen geringen (Positivenrate aktuell: **0,74** %) Infektionsgeschehen quasi ohne Aussagekraft; bei aktuell niedriger Prävalenz fallen falsch-positive-Tests stärker ins Gewicht als falsch-negative, wenn man – was aktuell der Fall ist – viel testet.

Vgl. zur Aussagekraft der Test-Ergebnisse:
<https://www.aerzteblatt.de/archiv/214370/PCR-Tests-auf-SARS-CoV-2-Ergebnisse-richtig-interpretieren> sowie:
http://www.matthias.schrapp.com/index_htm_files/thesenpapier_4_endfass_2008_30.pdf

In diese Richtung äußerte sich auch der Bundesgesundheitsminister Jens Spahn in einem Interview am 14. Juni 2020:

„Ich find nur eins immer wichtig wenn ich jetzt lese wir müssten 3, 4, 5 Millionen jetzt flächendeckend jeden Tag testen oder so. Sie müssen eins sehen, dadurch, dass wir [...] die Zahlen so runtergebracht haben, haben wir im Moment eine Positivtestung von unter 1 % bei gleichbleibend konstanter Testzahl in den letzten Wochen. Wir müssen jetzt aufpassen, dass wir nicht nachher durch zu umfangreiches Testen [...] zu viel falsch-positive haben. Weil die Tests ja nicht 100 % genau sind, sondern auch eine kleine, aber eben noch eine Fehlerquote haben. Und wenn sozusagen insgesamt das Infektionsgeschehen immer weiter runter geht und sie gleichzeitig das Testen auf Millionen ausweiten, dann haben sie auf einmal viel mehr falsch-positive als tatsächlich positive.“

<https://www.youtube.com/watch?v=ZfWEYeokZiA>, dort ab 13:10 min.

Das heißt, die angegebene Positivenrate überschätzt das Infektionsgeschehen sogar schon aus diesem Grund derzeit.

bb.

PCR-Tests - Screening- und kein Diagnoseinstrument - Problematik des Ct-Werts

Problematisch ist zudem, dass der PCR-Test einer Vorabveröffentlichung folgend nicht dazu geeignet ist, **nur** infektiöse Patient*innen zuverlässig zu identifizieren. In bisher fünf Studien konnte nach dem neunten Tag der Erkrankung mit COVID-19 **kein aktives, infektiöses Virus** aus dem Rachen der Erkrankten nachgewiesen werden. Jedoch fanden die Autor*innen heraus, dass im Median noch **17 Tage** nach Erkrankung das Erbgut des Virus per RT-PCR im Rachen nachweisbar war, in Einzelfällen wurde noch **nach 83 Tagen** das Erbgut in den oberen

Atemwegen mittels RT-PCR gefunden. Es besteht mithin die Gefahr, dass ein Proband oder eine Probandin, der/die vor zwei bis drei Monaten mit SARS-CoV-2 infiziert war, aktuell immer noch einen "positiven Corona-Test" sowie eine Absonderungsanordnung gemäß § 30 Abs. 1 IfSG erhalten und als "Fall" in der Statistik des Robert Koch-Institut geführt werden, obwohl er oder sie die Infektion schon längst überstanden hat und **nicht mehr infektiös** ist.

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

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 der Veröffentlichung von Prof. Dr. Heinz Zeichhardt und Dr. Martin Kammel zum Extra Ringversuch Gruppe 340 Virusgenom-Nachweis-SARS-CoV-2 im Mai 2020 zu entnehmen:

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

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

Getesteten) sowie die Infektiösität (definiert als die Freisetzung vermehrungsfähiger Viren) ist daher erst einmal nicht zu beurteilen.

Aus einem positiven Testergebnis eines Probanden kann damit weder sicher 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 „Übergenauigkeit“ der PCR-Tests warnten – überraschend spät – auch die deutschen Virologen Drosten, Streeck und Kekulé sowie Gesundheitspolitiker Lauterbach der Berichterstattung von ntv folgend. Dort war u.a. zu lesen:

„In seltener Eintracht teilten kürzlich Virologe Hendrik Streeck und SPD-Gesundheitsexperte Karl Lauterbach einen Artikel der "New York Times". Darin geht es darum, dass in den USA sehr viele Menschen positiv getestet werden, obwohl sie wahrscheinlich gar nicht ansteckend sind. Denn beim Standard-PCR-Test gibt's grundsätzlich nur zwei mögliche Ergebnisse: Ja oder Nein. Anders ausgedrückt: Der Test ist eigentlich nur dazu da, das Virus nachzuweisen. Ein positiver Befund sagt nichts darüber aus, ob ein Patient krank ist, war oder wird. Und man weiß auch nicht, ob er ansteckend ist.

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 Robert Koch-Institut teilt, wie oben gezeigt, 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. Die Erfassung liefert Hinweise zur aktuellen Situation in den Laboren, erlaubt aber keine detaillierten Auswertungen oder Vergleiche mit den gemeldeten Fallzahlen.

https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Sept_2020/2020-09-02-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.**

Weiter war in den o.g. Bericht bei n-tv zu lesen:

„Die "New York Times" schreibt, die meisten PCR-Tests lieferten ein positives Ergebnis bereits bei einem Ct-Wert unter 40. Das entspricht einem Artikel der "Pharmazeutischen Zeitung" nach der auch in Deutschland gängigen Praxis. Aber "jeder Test mit einer Zyklusschwelle über 35 ist zu empfindlich", sagte Juliet Morrison, Virologin an der Universität von Kalifornien, der "New York Times". Ein vernünftiger Grenzwert läge zwischen 30 und 35. Ihr Kollege Michael Mina ist für den Ct-Wert, den das RKI empfiehlt.

Ein gesenkter Grenzwert hätte auf die registrierte Zahl der Infektionen dramatische Auswirkungen. So seien in einem New Yorker Labor im Juli 794 Tests positiv ausgefallen, von denen bei einem auf 35 gesenkten Ct-Wert die Hälfte weggefallen wäre, schreibt die "New York Times". Bei einem Schwellenwert von 30 hätten die Tests sogar nur noch bei 30 Prozent angeschlagen. In Massachusetts wären bei diesem Wert 85 bis 90 Prozent negativ statt positiv getestet worden, sagt Mina.“

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

vgl.

hierzu

ausführlich

<https://www.nytimes.com/2020/08/29/health/coronavirus-testing.html>

cc.

Zwischenfazit

Nach alledem ist zu konstatieren, dass die **Datenbasis**, auf der die Risikobewertung des Robert Koch-Instituts beruht und auf welcher auch der hiesige Verordnungsgeber seine Maßnahmen – wie die hier angegriffene Maskenpflicht im Unterricht– stützt, **offenkundig ungeeignet** ist, die **aktuelle Gefährdungssituation abzuschätzen**.

Ersichtlich genügt es nicht, lediglich die Fallzahlen zum Maß aller Dinge zu erheben. Genau das macht der Verordnungsgeber indes, wie auch in seinem „Drei-Stufen-Plan“, der im Rahmen-Hygieneplan aufgenommen wurde, für Schulen deutlich wird. Dort wird **einzig auf Fallzahlen** abgestellt.

<https://www.bayern.de/bericht-aus-der-kabinettsitzung-vom-1-september-2020/>

Relevant für die Einschätzung der Gefährlichkeit des Infektionsgeschehens ist letztlich die Zahl derjenigen, die hospitalisiert werden müssen. Es besteht und bestand nach hiesiger Ansicht – diesbezüglich wird an die Ausführungen der Unterzeichnerin, die dem Senat in den Verfahren mit dem Aktenzeichen 20 N 20.750, 20 N 20.844, 20 N 20.1014 vorliegen und auch dem Antragsgegner bekannt sind, erinnert – zu keinem Zeitpunkt die Gefahr einer Überlastung des Gesundheitssystems. Ganz offensichtlich besteht diese Gefahr jedenfalls zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht.

Diese Meinung teilt offenbar auch das Bundesverfassungsgericht, das mit Beschluss vom 16. Juli 2020 einen Eilantrag ablehnte, der zum Ziel hatte, die Bundesregierung zu verpflichten, vorläufig die Triage zu regeln. In der Entscheidung ist u.a. zu lesen (Hervorhebungen durch die Unterzeichnenden):

„Das zum entscheidungserheblichen Zeitpunkt erkennbare Infektionsgeschehen und die intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten lassen es in Deutschland nicht als wahrscheinlich erscheinen, dass hier die gefürchtete Situation der Triage eintritt.“

BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 16. Juli 2020
- 1 BvR 1541/20.

Nach Ansicht des Rechtslehrers Professor Thorsten Kingreen ist die Feststellung der „epidemischen Lage nationaler Tragweite“ durch den Bundestag seit Mitte Juni 2020 aufzuheben. In einem Rechtsgutachten vom 11. Juni 2020 kam er u.a. zu folgenden Ergebnissen:

2. Der Feststellungsbeschluss muss nach § 5 Abs. 1 S. 2 IfSG wieder aufgehoben werden, wenn seine tatsächlichen Voraussetzungen nicht mehr vorliegen.
 - a) Das Coronavirus kann zwar für die individuelle Gesundheit nach wie vor sehr gefährlich sein, insbesondere für Risikogruppen. Ausweislich der Risikoeinschätzung des Robert-Koch-Instituts besteht aber derzeit keine systemische Gefährdung der „öffentlichen Gesundheit“, die Voraussetzung für die Aufrechterhaltung des Feststellungsbeschlusses ist. Da § 5 Abs. 1 S. 2 IfSG die Aufhebung des Feststellungsbeschlusses bei Wegfallen seiner Voraussetzungen nicht in das Ermessen des Deutschen Bundestages stellt, folgt schon aus dem einfachen Recht eine Aufhebungspflicht.

https://www.fdpbt.de/sites/default/files/2020-06/Rechtgutachten%20%C2%A7%205%20Abs.%201%20IfSG-Kingreen_0.pdf

Dieses Ergebnis bestätigte er jüngst in einer Stellungnahme an den Bundestag in seiner Funktion als Einzelsachverständiger vom 2. September 2020. Dort hielt er an seiner Rechtsansicht – trotz steigender absoluten Fallzahlen – fest und warnt dort auch eindringlich vor der Gefahr der Verstetigung und appelliert an die Selbstachtung der Abgeordneten:

bb) Gefahr der Verstetigung, Selbstachtung des Parlaments

Bei alledem geht es auch um die Gefahr der Verstetigung. Dass diese Gefahr virulent ist, belegt ein jüngster Gesetzentwurf der Regierungskoalition. Vorgeschlagen wird einer neuer § 52 Abs. 4 BWahlG, der das Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat ermächtigen

soll, im Falle einer Naturkatastrophe oder eines ähnlichen Ereignisses höherer Gewalt, durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates von den Bestimmungen über die Aufstellung von Wahlbewerbern abweichende Regelungen zu treffen, um die Benennung von Wahlbewerbern ohne Versammlungen zu ermöglichen.¹⁹

Man scheint sich allmählich an die Gesetzgebung durch ministerielle Notverordnungen zu gewöhnen. Während man bislang noch sagen konnte, es gehe doch nur um Detailfragen des Infektionsschutzrechts (und auch das stimmt nicht, es geht auch um sensible Fragen wie eine Deregulierung des Arzneimittelzulassungsrechts), geht es beim Wahlrecht dann um das demokratische Eingemachte. Wenn die Vorbereitung der Wahl zur Disposition der Exekutive gestellt wird, so genügt das nicht der vom Bundesverfassungsgericht eingeforderten „strikte[n] rechtliche[n] Regelung der Vorbereitung und Durchführung der Wahl“, die der „Bedeutung der Wahl zum Deutschen Bundestag als Ausgangspunkt aller demokratischen Legitimation wie auch der Gewährleistung des aktiven und passiven Wahlrechts“²⁰ entspricht.

Das Anliegen, den Feststellungsbeschluss nach § 5 Abs. 1 S. 2 IfSG aufzuheben, bringt also auch zum Ausdruck, dass es hier auch um die Selbstachtung von demokratisch gewählten Parlamentariern geht, die die verfassungsrechtlich wesentlichen Entscheidungen selbst treffen müssen und möchten. Es ist damit zu rechnen, dass uns die Epidemie sicherlich noch das gesamte nächste Jahr und damit auch noch über die Bundestagswahl 2021 hinaus beschäftigen wird. Man muss daher auch davon ausgehen, dass der Termin 31.03.2021, an dem alle Not-Rechtsverordnungen außer Kraft treten sollen, weiter hinausgeschoben wird. Damit droht die Gefahr einer dauerhaften Verstetigung eines verfassungsrechtlich nicht zulässigen Ausnahmezustands über die bisherige Legislaturperiode hinaus.

b.

Geeignetheit

Wie bereits oben dargelegt, wird diesseits davon ausgegangen, dass der Senat die Argumente **gegen** die Geeignetheit der Mund-Nasen-Bedeckung für den Infektionsschutz kennt (und bislang nicht teilt). Es soll daher vor dem Hintergrund der als inzwischen gefestigt anzusehenden Eilrechtsprechung vorerst auf die Wiederholung der Argumente, die gegen die Annahme einer Geeignetheit sprechen, verzichtet werden.

c.

Erforderlichkeit

Vor dem Hintergrund, dass die Datenbasis, auf welcher der Verordnungsgeber auch diese Maßnahmen rechtfertigt, letztlich auf Testergebnissen beruht, die – wie gerade dargelegt – so gut wie keine Aussagekraft für sich in Anspruch nehmen kann, liegt es auf der Hand, dass die hier angeordneten Maßnahmen nicht erforderlich sind. Schließlich spricht Einiges – insbesondere der Umstand, dass trotz seit Wochen steigender absoluter Fallzahlen weder die Zahl der Toten noch die Zahl der Hospitalisierten bemerkbar steigt, vgl. hierzu auch die Ausführungen von Schrappe et al. vom 30. August 2020:

(2) Parallel zur Zunahme der gemeldeten Infektionen kommt es zu einer Abschwächung der klinischen Folgen: Die Zunahme der täglich neu gemeldeten Infektionen in den letzten fünf bis sechs Wochen ist nicht von einer Zunahme der Erkrankungen und Komplikationen gefolgt, stattdessen ist die Hospitalisierungsrate von über 20% auf 9% abgefallen, die intensivmedizinisch betreuten Patienten sanken von 3000 auf 230 und die Mortalität der Infizierten von 7% auf 0,4% (die Angabe der letzten Wochen liegen noch niedriger, sind aber noch nicht abschließend zu bewerten). Bestätigt

http://www.matthias.schrappe.com/index_htm_files/thesenpapier_4_endfass_200830.pdf

– dafür, dass die aktuellen Fallzahlen in bedeutsamem Maß ein Testartefakt sind.

Davon abgesehen sind mildere Mittel möglich. Als unstrittig dürfte nach wie vor gelten, dass das Abstandhalten geeigneter ist eine Infektionsweitergabe zu verhindern, als das Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung.

Vgl.

z.B.

http://www.matthias.schrappe.com/index_htm_files/thesenpapier_4_endfass_2008_30.pdf, dort S. 61.

Der Ordnungsgeber hatte ausreichend Zeit um sich beispielsweise um entsprechende Ersatzräumlichkeiten – wie sie z.B. bei Gerichtsverhandlungen genutzt werden –, in denen Abstandhalten möglich ist, zu bemühen. Dieses Versäumnis kann er nicht einfachheitshalber auf den Rücken der Kinder und Lehrkräfte austragen. Dies umso mehr wenn man berücksichtigt, wie großzügig die hiesige Staatsregierung Steuergelder für unnötige, anlasslose Testungen – mit deren Vielzahl wie allseits bekannt sein dürfte, die bayerische Landesregierung zu dem überfordert war –

<https://www.fr.de/politik/bayern-corona-tests-panne-testzentren-soeder-huml-90022700.html>

verwendet. Da dürfte es möglich sein – zumal für einen kürzeren Zeitraum – Ersatzräumlichkeiten anzumieten.

d.

(Un)-Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Auch im Rahmen einer summarischen Prüfung ist erkennbar, dass die hier beanstandete Maskenpflicht im Unterricht keinen Bestand haben kann.

Zunächst ist auf den potenziellen Nutzen der Mund-Nasen-Bedeckung während dem Unterricht zu blicken, bevor die drohenden Schäden in den Blick genommen werden.

aa.

potenzieller Nutzen

In dem Zusammenhang sei zunächst auf die Ausführungen des Norwegischen Instituts für Öffentliche Gesundheit hingewiesen. Dort wurde im Rahmen einer Studie von der Einführung einer Maskenpflicht abgeraten, weil bei der dort bestehenden infektiologischen Lage

Hunderttausende Menschen eine Maske tragen müssten, um auch nur eine einzige Infektion zu vermeiden.

<https://www.fhi.no/globalassets/dokumenterfiler/rapporter/2020/should-individuals-in-the-community-without-respiratory-symptoms-wear-facemasks-to-reduce-the-spread-of-covid-19-report-2020.pdf>

In Norwegen herrscht nach wie vor keine Maskenpflicht.

In diese Richtung äußerte sich auch der Apotheker Professor Markus Veit am 13.08.2020 (Hervorhebungen durch die Unterzeichnenden):

„Masken helfen nur dann, wenn es ein Risiko gibt, dass sich Infizierte und Nicht-Infizierte begegnen. Wie groß ein solches Risiko ist, kann sich jeder anhand der täglich aktualisierten Zahlen des RKI ausrechnen. Ob von Masken ggf. auch eine Gefahr für die Gesundheit ausgeht, wissen wir nicht. Für Verkaufs- und Ordnungspersonal, in der Gastronomie, bei Langstreckenflügen und in vielen anderen Bereichen gibt es zurzeit eine behördlicherseits vorgeschriebene Maskenpflicht, die sich auf die komplette Arbeitszeit bezieht, ohne dass dafür geeignete Masken zur Verfügung gestellt werden. Im medizinischen Bereich werden über so lange Zeiträume ausschließlich für ihren Einsatz-Zweck geprüfte und zertifizierte Masken verwendet. Insofern haben uns die Behörden einen großen Feldversuch verordnet mit denen wir Risiken evaluieren werden, die ggf. von sogenannten Alltagsmasken ausgehen. Es ist nicht unwahrscheinlich, dass es Risiken gibt! Das gilt insbesondere für Kita- und Schulkinder, bei denen es in der Erkältungssaison nicht selten vorkommt, dass sie unter HNO-Infekten leiden, deren Verlauf und Verschlimmerung von Masken sicher nicht unbeeinflusst bleiben.“

<https://www.deutsche-apotheker-zeitung.de/daz-az/2020/daz-33-2020/hauptsache-maske>

In diesem Sinne auch Schrappe et al.:

(9) Die Empfehlungen zum Tragen von Masken sind an die Baseline-Risiken anzupassen. Die durch Studien belegte relative Risikoverminderung um 80% bedeutet in einem Hochrisikobereich (z.B. Gesundheitswesen, angenommene Infektionswahrscheinlichkeit 10%) eine absolute Risikodifferenz von 8%, so dass 12,5 Personen eine Maske tragen müssen, um eine Infektion zu verhindern, während in einem Niedrigrisikobereich (1 Stunde Aufenthalt Supermarkt, Infektionsrisiko von 0,01%) 12.500 Personen eine Maske tragen müssen, um eine Infektion zu verhindern.

http://www.matthias.schrappe.com/index_htm_files/thesenpapier_4_endfass_2008_30.pdf

Ersichtlich bewegt sich die Anzahl der durch eine Maske verhinderten Infektionen in einer Schule, die keinesfalls dem Hochrisikobereich zugeordnet werden kann, ebenfalls in einem kaum wahrnehmbaren Bereich. Ferner ist zu konstatieren, dass der Antragsgegner den Antragsteller*innen keine zertifizierten Atemschutzmasken zur Verfügung stellt.

Kritisch zur Frage der Verhältnismäßigkeit der Maskenpflicht unter Berücksichtigung des potenziellen Nutzens von Mund-Nasen-Bedeckungen äußerte sich am 18.08.2020 der Staatsrechtslehrer Professor Murswiek, der seitens der Enquete-Kommission des rheinland-pfälzischen Landtags mit einer Stellungnahme aus verfassungsrechtlicher Sicht zu den Anti-Corona-Maßnahmen beauftragt wurde. Zur Maskenpflicht äußerte er sich wie folgt:

VI. Maskenpflicht

Die Verfassungsmäßigkeit der Maskenpflicht hängt zunächst von der Wirksamkeit der Masken ab. Verhindern sie die Übertragung von SARS-CoV-2 oder vermindern sie wenigstens die Übertragung der Viren? Die Antwort auf diese Frage ist bis heute umstritten. Es wird jetzt Zeit, die Wirksamkeit der Masken wissenschaftlich zu belegen; andernfalls wird sich die Maskenpflicht unter dem Aspekt der Eignung nicht länger aufrechterhalten lassen. – Die Effizienz normaler Alltagsmasken scheint jedenfalls gering zu sein.⁸⁵ Wenn sie Infektionen nicht verhindern, aber jedenfalls vermindern, reicht dies jedoch verfassungsrechtlich aus, um ihre Eignung zu bejahen.

Was die Erforderlichkeit angeht, fragt sich, ob es nicht ausreichen würde, diejenigen Menschen, die Krankheitssymptome haben, zum Tragen einer Maske aufzufordern. Dem wird entgegengehalten, dass Infizierte auch ohne Symptome das Virus verbreiten können.

Die Verhältnismäßigkeit i.e.S. wird aber immer problematischer, je weniger Menschen infiziert sind. Laut RKI sind zur Zeit rund 22.000 Menschen mit SARS-CoV-2 infiziert.⁸⁶ Das sind weniger als 0,03 Prozent der Bevölkerung. Auch wenn wir eine Dunkelziffer berücksichtigen müssen, heißt dies, dass mehr als 99 Prozent der Bevölkerung, die allesamt gesund sind, Masken tragen müssen, weil unter ihnen einige wenige – aber jedenfalls unter 1 Prozent – sind, die unerkannt infiziert sind und einige Tage lang das Virus verbreiten können.

Was man mit der Maskenpflicht – die Wirksamkeit der Masken unterstellt – erreichen kann, lässt sich weitgehend auch mit dringenden Appellen an die Vernunft und die Verantwortlichkeit der Menschen erreichen: Wer Krankheitssymptome hat, soll zu Hause bleiben und nur in unerlässlichen Fällen in die Öffentlichkeit gehen, dann aber mit Maske. Da heute die große Mehrheit der Menschen offensichtlich bereit ist, sich am Corona-Schutz so zu beteiligen, wie Politik und Medien dies fordern, wird man mit einer hohen Folgebereitschaft für einen derartigen Appell rechnen können. Bezogen auf die Menschen mit Symptomen könnte man mit dieser Lösung eines Appells an freiwillig-verantwortlichen Handeln wohl eine ähnliche Wirkung wie mit einem rechtlich verpflichtenden Gebot erzielen.

Diese Freiwilligkeitslösung würde diejenigen Menschen nicht erfassen, die unerkannt infiziert sind. Der Maskenappell könnte aber auch einen großen Teil dieser Gruppe erreichen, wenn der Appell sich nicht nur an Menschen mit Symptomen richtete, sondern auch an Menschen, die Kontakte zu Infizierten hatten oder sich an Hotspots aufgehalten haben.

Diese freiheitsschonende Lösung wäre vielleicht nicht so effektiv wie die Maskenpflicht. Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit i.e.S. müsste aber vom Nutzen der Maskenpflicht (durch die Masken verhinderte Zahl von Neuinfektionen) der Nutzen abgezogen werden, der mit der Freiwilligkeitslösung erzielt werden könnte. Es bliebe dann vermutlich eine so geringe Zahl von verhinderten Neuinfektionen übrig, dass dieser Nutzen erheblich geringeres Gewicht hätte als die Verpflichtung von über 80 Millionen gesunder, nichtinfektöser Menschen, die Maske zu tragen.

Das ist, wie gesagt, eine Vermutung, kein definitives Ergebnis. Aber auch die Maskenpflicht bedarf einer gründlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung; ich sehe nicht, dass diese von den zuständigen staatlichen Stellen bisher durchgeführt worden ist.

<https://dokumente.landtag.rlp.de/landtag/vorlagen/2-12-17.pdf>

Ferner ist zu berücksichtigen, dass eine Risikoreduzierung durch eine Mund-Nasen-Bedeckung bislang soweit ersichtlich nur auf der Grundlage von reinen Beobachtungsstudien, die auch noch mit „low certainty“ gekennzeichnet wurden, festgestellt wurde:

„Face mask use could result in a large reduction in risk of infection (n=2647; aOR 0.15, 95% CI 0.07 to 0.34, RD -14.3%, -15.9 to -10.7; low certainty), with stronger associations with N95 or similar respirators compared with disposable surgical masks or similar (eg, reusable 12–16-layer cotton masks; pinteraction=0.090; posterior probability >95%, low certainty).“

Vgl. [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(20\)31142-9/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(20)31142-9/fulltext).

Randomisierte, kontrollierte Studien zu anderen viral bedingten Atemwegserkrankungen auf Cochrane-Niveau stellten in Bezug auf die Maske hingegen **keine Effekte** fest:

„We included 15 randomised trials investigating the effect of masks (14 trials) in healthcare workers and the general population and of quarantine (1 trial). We found no trials testing eye protection. Compared to no masks there was no reduction of influenza-like illness (ILI) cases (Risk Ratio 0.93, 95%CI 0.83 to 1.05) or influenza (Risk Ratio 0.84, 95%CI 0.61-1.17) for masks in the general population, nor in healthcare workers (Risk Ratio 0.37, 95%CI 0.05 to 2.50). There was no difference between surgical masks and N95 respirators: for ILI (Risk Ratio 0.83, 95%CI 0.63 to 1.08), for influenza (Risk Ratio 1.02, 95%CI 0.73 to 1.43).“

https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2020.03.30.20047217v2?fbclid=IwAR23CNgOOK1-GDgISGK9EMEDwzX4RCI9q_JFKuN2M3fBbbt4CL9YxWq_LOs

Das Vorgenannte wurde auch von Professor Veit festgestellt und zu Recht kritisch kommentiert (Hervorhebungen durch die Unterzeichnenden):

„Unmittelbar vor Druck dieses Meinungsbeitrages ist die Stellungnahme der Ad-hoc-Kommission SARS-CoV-2 der Gesellschaft für Virologie (GfV) zu SARS-CoV-2-Präventionsmaßnahmen bei Schulbeginn nach den Sommerferien erschienen (s. a. S. 24), die ich mit Befremden zur Kenntnis nehme. **Zum Nutzen von Masken wird nur**

eine einzige Metaanalyse zitiert (Chu et al. The Lancet June 27, 2020, 395, 1973 – 1987), die ein **Paradebeispiel dafür ist, wie Studien mit experimentellen Schwächen**, wie ich sie auch in meinem Meinungsbeitrag angesprochen habe, **als Grundlage politischer Entscheidungen verwendet werden**. In dieser Metaanalyse wurde nur das Outcome der Studien (unkritisch) analysiert, nicht deren Design. **Eine jüngst erschienene Metaanalyse** (Xiao J et.al Emerging Infectious Diseases 2020; 26/5: 967 doi.org/10.3201/eid2605.190994), die **tatsächlich die Wirksamkeit von „Alltagsmasken“ bei viralen Infektionen bewertet und zu einem ganz anderen Ergebnis kommt, wird nicht zitiert**. Schließlich wird von der Ad-hoc-Kommission ausschließlich der putative Nutzen solcher Masken adressiert nicht deren Risiken. Mussten wir nicht (bis vor Kurzem) für alle Arzneimittel und Medizinprodukte eine Nutzen-Risiko-Bewertung vornehmen? **Solange insbesondere die Risiken von Masken bei Kindern im dauernden Gebrauch und durch Auf- und Absetzen nicht eindeutig untersucht sind und dann eine Nutzen-Risiko-Bewertung positiv ausfällt, erachte ich den Einsatz von Masken bei Kindern als unethisch und möglicherweise gefährlich.**“

<https://www.deutsche-apotheker-zeitung.de/daz-az/2020/daz-33-2020/hauptsache-maske>

bb.

drohende Schäden

Dem anzuzweifelnden potenziellen Nutzen der hiesigen angegriffenen Verordnung stehen **erhebliche, real drohende Schäden** gegenüber.

Im Einzelnen:

i.

Das Tragen eines Mund-Nase-Schutzes **vermindert massiv die körperliche Belastbarkeit von gesunden Menschen**. Das haben Mediziner des Universitätsklinikums Leipzig (UKL) in einer deutschlandweit einzigartigen Studie nachgewiesen:

<https://www.lvz.de/Leipzig/Lokales/Leipziger-Studie-Mundschutz-reduziert-koerperliche-Belastbarkeit>

Dort wurde wissenschaftlich bestätigt, dass MNS- und FFP-Masken zu nicht unerheblichen Beeinträchtigungen der körperlichen Leistungsfähigkeit (nur diese wurde untersucht, nicht auch Parameter wie Konzentrationsfähigkeit etc.) führt:

„Die Daten zeigen, dass die so genannte kardiopulmonale Leistungsfähigkeit durch beide Masken-Typen signifikant reduziert wird. Die Masken beeinträchtigen die Atmung, vor allem das Volumen und die höchstmögliche Geschwindigkeit der Luft beim Ausatmen. Die maximal mögliche Kraft auf dem Fahrrad-Ergometer war deutlich reduziert. Im Stoffwechsel wurde eine schnellere Ansäuerung des Blutes bei Anstrengung registriert (Laktat). Mit Fragebögen beurteilten die Teilnehmer zudem systematisch ihr subjektives Empfinden. Auch hier zeigte sich eine erhebliche Beeinträchtigung verschiedener Parameter des Wohlbefindens.“

https://www.uniklinikum-leipzig.de/presse/Seiten/Pressemitteilung_7089.aspx

Die Ergebnisse sind zweifelsohne auch auf Mund-Nasen-Bedeckungen zu übertragen, die je nach verwendetem Material die Atmung häufig noch stärker beeinträchtigen als ein Mund-Nasen-Schutz.

Im Übrigen hält der Bundesverband der Kinder- und Jugendärzte eine Maskenpflicht im Unterricht für „nicht sinnvoll“. Ein längeres Maskentragen beeinträchtigt bei Schülern die Leistungsfähigkeit. Ferner wirke sich die Maske negativ auf die Kommunikation zwischen Schüler*innen und Lehrkräfte aus.

<https://www.rnd.de/politik/maskenpflicht-in-schulen-kinderarzte-kritisieren-masken-im-unterricht-IAZO3CNQRQGEA2K3SXRRTTLNKU.html>

Als „Zumutung“ bezeichnete die Logopädin Wiebke Siebert-Bettinger die Maskenpflicht im Unterricht.

https://www.weser-kurier.de/bremen/bremen-stadt_artikel,-eine-permanente-maske-im-unterricht-ist-eine-zumutung-_arid,1926871_type,amp.html

Auch die Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft (GEW) im Kreis Groß-Gerau hält eine Maskenpflicht über den gesamten Schultag mit bis zu acht Zeitstunden für „unzumutbar“ und „unverantwortlich“.

<https://www.fnp.de/lokales/kreis-gross-gerau/ruesselsheim-ort29367/erstes-lehrer-fazit-maskenpflicht-unzumutbar-13866123.html>

ii.

Zudem kann bei Kindern und Jugendlichen **keine sachgerechte Anwendung sichergestellt** werden. Dass die Gefahr der falschen Anwendung und das damit einhergehenden höhere Infektionsrisiko keineswegs nur abstrakt besteht, dürfte allseitig bekannt sein. Exemplarisch wird diesbezüglich auf einen Beitrag des SWR verwiesen, der zeigt, welche Probleme schon Erwachsene mit dem sachgerechten Umgang mit einer Mund-Nasen-Bedeckung haben:

Unter dem Link

<https://www.swrfernsehen.de/landesschau-rp/was-die-kaiserslauterer-zur-kommenden-maskenpflicht-sagen-100.html>

findet sich ein SWR-Beitrag, der sich mit der Maskenpflicht auseinandersetzt. Insbesondere zu Beginn, das heißt zwischen 00.:01-00:15 Minuten finden sich kurze Ausschnitte von Menschen, die eine Maske tragen. An ihnen lässt sich gut ablesen, wie sich das Tragen der Masken in der Praxis vollzieht. Etwa bei 00:05 Minuten zieht ein Fahrradfahrer während der Fahrt seine Maske ab (mit Händen, die zuvor am Lenkrad waren), bei 00:07 Minuten telefoniert ein Mann mit seinem Handy, wobei er das Handy an die Maske hält (es also zu einer Berührung zwischen Handy und Maske kommt). Bei 00:11 Minuten zieht ein Mann die Maske mit dem Finger kurz nach unten und kommt dabei an seine Nase und den Innenbereich der Maske. Bei 00:58 Minuten sieht man, wie eine Maskennäherin Masken, die sie verkauft, mit ihren Händen (ohne Handschuhe) berührt (womöglich mit Händen, die zuvor allesamt nicht desinfizierte Gegenstände, wie Schere usw. berührt haben. Es kann auch davon ausgegangen werden, dass die Frau sich selbst in ihrem Gesicht berührt, potenziell Stellen, die mit Viren belastet sein können, berührt hat). Bei 01:19 Minuten sieht man, wie eine Kundin mit ihren Händen direkt

eine Maske, die zum Verkauf angeboten wird, anfasst, vermutlich, um die Qualität des Stoffes zu prüfen.

Das Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte erläutert hingegen, dass bei der Anwendung von „Alltagsmasken“ folgende Regeln zu beachten sind:

Hinweise für Anwender zur Handhabung von „Community-Masken“

Den besten Schutz vor einer potentiellen Virusübertragung bietet nach wie vor das konsequente Distanzieren von anderen, potentiell virustragenden Personen. Dennoch kann die physische Barriere, die das richtige Tragen einer Community-Maske darstellt, eine gewisse Schutzfunktion vor größeren Tröpfchen und Mund-/Nasen-Schleimhautkontakt mit kontaminierten Händen bieten.

Personen, die eine entsprechende Maske tragen möchten, sollten daher unbedingt folgende Regeln berücksichtigen:

- Die Masken sollten nur für den privaten Gebrauch genutzt werden.
- Die gängigen Hygienevorschriften, insbesondere die aktuellen Empfehlungen des Robert-Koch-Instituts ([RKI, www.rki.de](http://www.rki.de)) und der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung ([BZgA, www.infektionsschutz.de](http://BZgA)) sind weiterhin einzuhalten.
- Auch mit Maske sollte der von der WHO empfohlene Sicherheitsabstand von mindestens 1.50 m zu anderen Menschen eingehalten werden.
- Beim Anziehen einer Maske ist darauf zu achten, dass die Innenseite nicht kontaminiert wird. Die Hände sollten vorher gründlich mit Seife gewaschen werden.
- Die Maske muss richtig über Mund, Nase und Wangen platziert sein und an den Rändern möglichst eng anliegen, um das Eindringen von Luft an den Seiten zu minimieren.
- Bei der ersten Verwendung sollte getestet werden, ob die Maske genügend Luft durchlässt, um das normale Atmen möglichst wenig zu behindern.
- Eine durchfeuchtete Maske sollte umgehend abgenommen und ggf. ausgetauscht werden.
- Die Außenseite der gebrauchten Maske ist potentiell erregertauglich. Um eine Kontamination der Hände zu verhindern, sollte diese möglichst nicht berührt werden.
- Nach Absetzen der Maske sollten die Hände unter Einhaltung der allgemeinen Hygieneregeln gründlich gewaschen werden (mindestens 20-30 Sekunden mit Seife).
- Die Maske sollte nach dem Abnehmen in einem Beutel o.ä. luftdicht verschlossen aufbewahrt oder sofort gewaschen werden. Die Aufbewahrung sollte nur über möglichst kurze Zeit erfolgen, um vor allem Schimmelbildung zu vermeiden.
- Masken sollten nach einmaliger Nutzung idealerweise bei 95 Grad, mindestens aber bei 60 Grad gewaschen und anschließend vollständig getrocknet werden. Beachten Sie eventuelle Herstellerangaben zur maximalen Zyklusanzahl, nach der die Festigkeit und Funktionalität noch gegeben ist.
- Sofern vorhanden, sollten unbedingt alle Herstellerhinweise beachtet werden.

<https://www.bfarm.de/SharedDocs/Risikoinformationen/Medizinprodukte/DE/schutzmasken.html>

Als einer von vielen warnte auch der Virologe Professor Streeck vor einem fehlerhaften Umgang mit Masken:

„Die Leute knüllen die Masken in die Hosentasche, fassen sie ständig an und schnallen sie sich zwei Wochen lang immer wieder vor den Mund, wahrscheinlich ungewaschen [...]. Das ist ein wunderbarer Nährboden für Bakterien und Pilze“

<https://www.apotheke-adhoc.de/nachrichten/detail/coronavirus/virologe-streeck-mundschutz-ist-naehrboden-fuer-keime-maskenpflicht-fragwuerdig/>

Diesseits wird ferner angezweifelt, dass die Lehrkräfte die vorgenannte korrekte Anwendung von sog. Alltagsmasken aller Schüler*innen überwachen können.

iii.

Ungeklärt sind außerdem die Folgen durch die **psychische Belastung** der Kinder und die **erschwerete soziale Interaktion**.

a.

Dass die Maskenpflicht zu **psychischen Belastungen bei Erwachsenen** führen kann, ergibt sich aus der Untersuchung der Psychologin Daniela Prousa vom 20. Juli 2020. Sie hat sich in ihrer Studie mit den psychologischen und psychovegetativen Beschwerden durch die Maskenpflicht beschäftigt:

In der Studie heißt es im Diskussionsteil zusammenfassend:

Die Ergebnisse dieser „Research-Gap“-Studie zeigen in der Zusammenfassung eine massive psychische Belastung von Menschen unter den aktuellen Mund-Nasenschutz-Verordnungen, mit, davon abhängig, überwiegend vielen psychovegetativen Stressreaktionen beim Tragen des MNS, die wiederum signifikant den Grad der oft deutlichen Nachwirkungen bedingen.

Die Tatsache, dass über 60% der sich deutlich mit den Verordnungen belastet erlebenden Menschen *schon jetzt* schwere (psychosoziale) Folgen erlebt, wie eine stark reduzierte Teilhabe am Leben in der Gesellschaft aufgrund von aversionsbedingtem MNS-Vermeidungsbestreben,

sozialen Rückzug, herabgesetzte gesundheitliche Selbstfürsorge (bis hin zur Vermeidung von Arztterminen) oder die Verstärkung vorbestandener gesundheitlicher Probleme (posttraumatische Belastungsstörungen, Herpes, Migräne), sprengte alle Erwartungen der Untersucherin.

Dass der gut zweiwöchige Erhebungszeitraum wegen überwältigender Teilnahme-Resonanz vorzeitig beendet werden musste, zeigt, dass es sich bei den Betroffenen um keine verschwindend kleine Minderheit handelt, was sich mit den Zahlen der COSMO-Studie (Uni Erfurt, RKI, et. al, 2020, Stand: 09.07.2020) deckt: Im FPPBM-Erhebungszeitraum (erste Junihälfte) gaben dort 23% der Befragten eine hohe/sehr hohe Reaktanz bzgl. der Corona-Maßnahmen allgemein an sowie weitere 27% eine mittlere Reaktanz, was zusammen genommen hochgerechnet 50% der Bevölkerung ausmacht. 25% lehnen die Maskenpflicht in Geschäften ab. 18% halten die Maßnahmen für übertrieben. Wenn man vorsichtig davon ausgeht, dass auch nur 10% der Bevölkerung in Deutschland (die Einstellungen spiegeln ja das Erleben und damit auch das Belastungserleben wider) sich mit den aktuellen MNS-Verordnungen als nennenswert belastet erfährt, so sind dies *Millionen von Menschen*.

Sucht man nach Merkmalen, die diese Gruppe von Menschen durchschnittlich besonders kennzeichnen, so sind es diese: sehr hoher Grad an Gesundheitsbewusstsein, an „kritischer Geisteshaltung“, sehr niedrige Erkrankungsangst und häufige Erfüllung der Kriterien für Hochsensitivität/Hochsensibilität (sehr hohe Wahrnehmungsfähigkeit und Empfindsamkeit). Aus diesen Merkmalen erwächst das Stressempfinden in Bezug auf den MNS/die Verordnung.

Frühere Gewalterfahrungen hingegen waren in der Stichprobe nicht klar überrepräsentiert.

Die große Belastung drückt sich auch darin aus, dass einige Merkmale in der Population der „MNS-Belasteten“ keineswegs normalverteilt sind, sondern sich die Verteilung zu den Extrempolen verschiebt. Zwar muss womöglich aufgrund der von Teilnehmern geforderten Anstrengung (umfangreicher Online-Fragebogen, der per Mail zurückgesandt werden musste, und der deshalb eher deutlicher belastete Menschen als mäßig belastete ausreichend motivierte) die hier untersuchte Grundgesamtheit, leicht enger gefasst, redefiniert werden, von „nennenswert belastet“ zu „deutlich belastet“ (was hier im Diskussionsteil bereits geschehen ist und was mit dieser Nuancenverschiebung leicht auf die Untersuchung übertragen werden kann). Solche Ausprägungs-Verteilungen sind aber auch Hinweis auf eine „Spaltung in der Gesellschaft“ und auf einen wirklich sehr hohen Leidensdruck der hier untersuchten offiziellen „Minderheit“ (vgl. zur „Spaltung“ auch Stellen in der o. g. COSMO-Studie sowie Spiegel, 05.05.2020).

Aus den detaillierteren Ergebnissen der hier vorliegenden Studie an „MNS-Belasteten“ ist z. B. „die Zeitdimension“ (vgl. dazu auch Deutscher Ethikrat, 2020) der Maßnahmen ein wesentlicher Faktor; außerdem steigert sich ihre Belastung den Daten nach jetzt im Sommer noch zusätzlich durch das warme Wetter.

Des Weiteren ist bedeutsam, dass allgemeiner „Corona-Stress“ im Durchschnitt stärker direkt mit depressivem Selbsterleben korreliert, „Masken-Stress“ stärker mit aggressiven Reaktionen im Selbsterleben. Dabei bahnt der Grad des beim Tragen des MNS empfundenen Stresses über

innerlich entstehende/sich verstärkende Aggression bei vielen den Grad an psychovegetativen Stressreaktionen und Nachwirkungen, was gesundheitlich hochrelevant ist (bzgl. Aggression auch gesellschaftlich). Über ein beeinträchtigtes Selbst- und Körpererleben bahnt er außerdem (bei anderen) indirekt depressives Selbsterleben. Auch dies ist im Rahmen von Attributionstheorie biopsychologischem Modell hochplausibel, da die konkrete Maske auf dem eigenen Leib viel eher durch sich selbst kontrollierbar (auch „beseitigbar“) wahrgenommen werden kann und so bei Belasteten eine entsprechende „Handlungsenergie“ dazu bereit stellt, die aber unterdrückt werden muss, was den Stresskreislauf verstärkt.

Auch alle weiteren Ergebnisse lassen sich exzellent im Rahmen der Verbindung aus Attributionstheorie und modernem biopsychologischem Modell einordnen. Die an mehreren Stellen freien, auch bildsprachlichen Antworten zeigen dabei den zentralen Stellenwert dieser *persönlichen inneren Erfahrungswelt* für das „MNS-Stresserleben“ / die Stressverarbeitung sehr gut: *Während der MNS für einzelne dieser deutlich belasteten Population „ein Schutz“ ist, der mit Selbstwirksamkeitserleben einhergeht, leidet die überwiegende Mehrheit von ihnen unter den aktuellen Verordnungen hingegen erregt an der als verloren wahrgenommenen Selbstwirksamkeit, bei authentischem Unverhältnismäßigkeits- und Übergriffenerleben. Und dies eben oft auf allen oben dargestellten Ebenen (Psyche, Psychosoziales, Psychosomatik/Psychovegetatives). Damit befindet sich ein großer Teil der Belasteten mindestens auf dem Grenzbereich zur Traumatisierung, der sich genau durch diese Merkmale auszeichnet* (vgl. z. B. Levine, 2016).

Im Sinne der Gesundheitsfürsorge für diese Menschen wäre dringend unsere Realität zu prüfen: Ist ihr Unverhältnismäßigkeitserleben wirklich „falsch“?

Aus psychologischer Sicht erscheint Freiwilligkeit statt MNS-Verordnung wohl die einzige längerfristige Lösung zu sein, beide „Erlebniswelten“ von Menschen zu achten.

Zudem wird in der vorliegenden Untersuchung deutlich, welch ein großes Widerstands-Potenzial gegen die Verordnungen derzeit nur mit der Drohung von „harten Konsequenzen“ niedergehalten wird, was gesellschaftsdynamisch für die weitere Entwicklung gefährlich erscheint.

Die MNS-Verordnungen sind vor diesem Hintergrund keine trivialpragmatische Angelegenheit, sondern bedürfen hochsensibler Abwägungsprozesse der Entscheidungsbevollmächtigten und, spätestens jetzt, zeitnah, einer äußerst ernsthaften Prüfung der Nutzen-Schadens-Relation. Dies ganz besonders hier, da Deutschland ein Land ist, das auch angesichts seiner Geschichte für sich beansprucht, Menschen mit Erfahrungshintergründen von politischem Zwang / Gewalt, mangelnder staatlicher Gesundheitsfürsorge und gesellschaftlichen Hochspannungen mit einer „viel besseren“ Heimat „die viel bessere Alternative“ zu bieten.

Die hier vorliegenden Ergebnisse sind die klare Aufforderung an die Regierenden und an die Gesundheitsbehörden: Stellen Sie mit den hier vorliegenden Daten bitte umgehend eine differenzierte Nutzen-Schaden-Relation in Bezug auf die MNS-Verordnungen auf – oder wiederholen Sie umgehend diese Untersuchung.

<https://www.psycharchives.org/handle/20.500.12034/2751>

b.

Die Oberärztin der Kinderambulanz des Gemeinschaftskrankenhauses Herdecke hat sich in einem offenen Brief gegen die Maskenpflicht für Schüler*innen ausgesprochen. In diesem Brief an die NRW-Schulministerin hat die Ärztin am 4. August 2020 die zu erwartenden negativen Auswirkungen der Maskenpflicht zusammengefasst. Der Brief wurde von mehr als 100 Mediziner*innen, Sozialarbeiter*innen und Lehrer*innen aus ganz Deutschland unterschrieben.

<https://www1.wdr.de/nachrichten/ruhrgebiet/corona-mund-nasen-schutz-schule-offener-brief-aerzte-100.html>

Dort heißt es (der Brief ist in dem vorgenannten Link abrufbar):

Sehr geehrte Frau Ministerin Gebauer,

Ihr Erlass zur Maskenpflicht an Schulen bereitet uns große Sorgen in Bezug auf Entwicklung und psychische Gesundheit unserer Kinder und kleinen Patienten!

Kinder bis zur Pubertät sind in ihrer Entwicklung hochgradig abhängig von der emotionalen Beziehung zu Erwachsenen. Lernen in diesem Alter baut intensiv auf der Beziehung zwischen Lehrer und Schüler auf. Kinder lesen und erleben am Gesicht ihres Gegenübers. Dies gilt neben der Lehrer-Schüler-Beziehung ebenso intensiv auf dem Feld der Entwicklung von Sozialkompetenzen durch den Kontakt mit Mitschülern. Cyber-Mobbing im frühen Schulalter hat in den letzten Jahren so zugenommen, weil durch das Smartphone Kindern die lehrreiche Auseinandersetzung von Angesicht zu Angesicht (von Ich zu Du!) in ihrer Sozialentwicklung fehlte. Moralische Erfahrungen und Begriffe wie Würde, Respekt, Integrität oder Anstand entwickeln sich nicht virtuell und werden durch maskierte Kontakte mit fehlender Mimik massiv behindert.

Kindern nun diese fundamentalen Elemente der Erziehung, des Lernens und ihrer Sozialentwicklung durch eine Maskenpflicht in Schulen zu beschneiden, halten wir für **entwicklungsgefährdend**.

Darüber hinaus verstärken Ihre aktuellen Maßnahmen zum „Infektionsschutz“ bei Kindern massiv die in den letzten Monaten ohnehin in besorgniserregendem Maße entstandenen Angststörungen. Wir erleben in unseren Sprechstunden eine wachsende Zahl von Kindern mit Anzeichen der Überforderung durch die ihnen aufgebürdeten Verhaltensregeln und die Verantwortungslast für das Leben ihrer geliebten Angehörigen. Sie reagieren mit Angst vor eigenem Erkranken und Sterben ebenso wie vor dem ihrer Lieben, sie entwickeln Schlafstörungen und Verhaltensstörungen wie Waschzwänge. Eine Berührung ist für viele zur Bedrohung geworden! Neben den Auswirkungen auf unsere Untersuchungssituationen hat das verheerende Folgen für ihre gesamte Beziehungsentwicklung und ihr Beziehungsverständnis. Bindungsstörungen liegen auf der Hand. Nichts haben Kinder in diesen Monaten intensiver gelernt als: **Ich bin eine Gefahr für andere und andere sind eine Gefahr für mich!**

Nicht zuletzt sind die **psychoimmunologischen Folgen** und die anhaltende Verwendung von angsterzeugenden Bedrohungsszenarien durch Medien und Politik in dieser Krise für Kinder, Eltern und die Bevölkerung insgesamt katastrophal. Statt gerade Kinder ihre Stärke in Bezug auf diese Erkrankung erleben zu lassen, werden sie geschwächt und verängstigt. Gesunde Kinder könnten mit dem Durchleben dieser Erkrankung relevant zum Schutz ihrer Mitmenschen beitragen. Gleichzeitig könnte man wirklich gefährdete LehrerInnen, einzelne Kinder oder Familien isolieren, wo das einen nachvollziehbaren medizinischen Vorteil hätte.

Was können die unprofessionellen Mund-Nasen-Bedeckungen wirklich bewirken?

In den Hinweisen des BfArM zur Verwendung von Mund-Nasen-Bedeckungen (z.B. selbst hergestellten Masken, „Community- oder DIY-Masken“) steht folgender Satz:

„Träger der beschriebenen Mund-Nasen-Bedeckungen können sich nicht darauf verlassen, dass diese sie oder andere vor einer Übertragung von SARS-CoV-2 schützen, da für diese Masken keine entsprechende Schutzwirkung nachgewiesen wurde.“

<https://www.bfarm.de/SharedDocs/Risikoinformationen/Medizinprodukte/DE/schutzmasken.html>

Es fehlt also der Nachweis eines positiven Effektes Ihrer Maßnahmen und damit jede Verhältnismäßigkeit, wissenschaftliche Begründung und Rechtsgrundlage für Ihr Vorgehen. Ihre Argumentation, man könne ja bis Ende des Monats eine Evaluation der Situation vornehmen und dann neu entscheiden, ist nicht zulässig. Keine Studie und keine Erhebung darf auf so dünnem Eis begonnen werden!

Wir fordern daher eine sofortige Umkehrung Ihres Vorgehens: Erbringen Sie zuerst stichhaltige Nachweise für die Verhältnismäßigkeit, begrenzen Sie Ihre Vorsichtsmaßnahmen auf möglichst klare Situationen und gefährdete Gruppen! **Kinder sind keine Versuchsobjekte!**

Wir möchten Sie darüber in Kenntnis setzen, dass wir parallel zu diesem Schreiben die Möglichkeiten für eine juristische Intervention prüfen.

Der Umstand, dass derart viele fachkundige Personen öffentlich Einwände gegen die Maskenpflicht in Schulen erheben, berechtigt die Antragsteller*innen ersichtlich dazu, eine konkrete Gefährdung ihrer Interessen, insbesondere ihrer Gesundheit, anzunehmen.

4.

Schlussbemerkung

In aller Deutlichkeit ist eines zu sagen:

Bislang wurden alle Anti-Corona-Maßnahmen, so auch die hiesige, mit den bloßen absoluten Zahlen der positiven SARS-CoV-2-PCR-Tests begründet. Sie waren in den letzten Monaten das Maß aller Dinge.

Ein Test, der zu empfindlich ist. Ein Test, der anschlägt, ohne dass das Risiko der Weitergabe des Virus wirklich besteht. Ein Test, der wahrscheinlich – wie oben dargelegt – mindestens in 50 % der Fälle zu Unrecht anschlägt.

Wenn man bedenkt, dass seit Monaten die Krankenhäuser leer sind, die Positivenquote trotz schon schier zwanghaften Testen niedrig bleibt, sodass zusätzlich zur ohnehin mehr als fraglichen Eignung des PCR-Testverfahrens auch noch die falsch-positiv Rate zum Problem wird und – glücklicherweise – auch keine Zunahme an Toten zu verzeichnen ist, dann muss die Justiz, die viel mitgetragen hat und die – mangels Verantwortungsübernahme durch die Parlamente – schwerwiegende Entscheidungen zu treffen hatte, endlich anfangen, dem zur Gewohnheit gewordenen Notstand, ein Ende zu bereiten.

In den vergangenen Monaten scheint man sich daran gewöhnt zu haben, die Risikoeinschätzung des Robert Koch-Instituts in den Blick zu nehmen und sodann das Thema für erledigt zu betrachten.

Das, hohes Gericht, genügt jedoch nicht (mehr).

Dem Robert Koch-Institut ist vorzuwerfen, dass es in Kenntnis aller Daten in den letzten Wochen den Eindruck vermittelt hat, das Infektionsgeschehen nehme zu. In den

Lageberichten vom 25.08.2020, 26.08.2020, 27.08.2020 und 28.08.2020 beginnt die seitens des Robert Koch-Instituts stets vorangestellte Zusammenfassung mit folgenden Worten:

„Seit der 29. Kalenderwoche ist die kumulative COVID-19-Inzidenz der letzten 7 Tage insgesamt und in vielen Bundesländern stark angestiegen. Der Anteil an Kreisen, die keine COVID-19-Fälle übermittelt haben, ist deutlich zurückgegangen. Auch wenn die Fallzahlen in einigen Bundesländern wieder abnehmen, bleibt diese Entwicklung sehr beunruhigend.“

Hierbei handelt es sich – unter Berücksichtigung des Vorgenannten – nach hiesiger Ansicht um eine wahrheitswidrige aggravierende Bewertung der Entwicklung des gegenwärtigen Infektionsgeschehens wider der Evidenz. Das Robert Koch-Institut kann schon im Allgemeinen als oberste Infektionsschutzbehörde staatliche Autorität für sich beanspruchen. In der seit Monaten andauernden Krisensituation nimmt es allerdings eine ganz besonders hervorgehobene, wenn nicht sogar die einflussreichste, Stellung ein. Diese herausragende Position geht mit einer entsprechend hohen Verantwortung einher. Hierzu gehört insbesondere, wahrheitsgemäß auf der Grundlage eines transparenten wissenschaftlichen Verfahrens über das Infektionsgeschehen zu berichten, ohne die Gefahr übertrieben hoch darzustellen. Dem ist das Robert Koch-Institut in den letzten Wochen, aber auch schon in der Anfangszeit, nicht gerecht worden, weshalb die Unterzeichnerin am 30.08.2020 für eine Mandantin unter Geltendmachung eines öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruchs gegen diese verzerrenden Darstellungen des RKI einstweiligen Rechtsschutz beim Verwaltungsgericht Berlin nachgesucht hat:

https://www.ckb-anwaelte.de/download/Antrag_JH_DP_teilanonymVerfoeff.pdf

Der vorgenannte Antrag wird als **Anlage 2** zu dem hiesigen Antrag gereicht.

Vor diesem Hintergrund, ist es ersichtlich nicht (mehr) ausreichend, die Risikobewertung des Robert Koch-Institut unkritisch und ungeprüft zu übernehmen.

Es braucht vorliegend keines Sachverständigengutachtens um nachvollziehen zu können, dass diese tatsächliche und rechtliche Grundlage, die der Verordnungsgeber für sich zu beanspruchen scheint, keine Grundlage für einen solch tiefgreifenden Grundrechtseingriff sein kann.

Wir testen mit einem Test der nicht testet, was er testen soll.

Kein Gericht würde auf Basis eines derart untauglichen Tests ein Urteil zu Ungunsten eines Betroffenen fällen.

Mit der Aufrechterhaltung der hier beanstandeten Bestimmungen würde man aber genau das tun. Man würde die Antragsteller*innen zur Duldung eines erheblichen Grundrechtseingriffs auf der Basis eines nahezu vollständig unbrauchbaren Testverfahrens verurteilen.

Selbst wenn man diesen Gedankengang nicht nachvollziehen will, so bleibt wenigstens zu konstatieren, dass hier der zu **erwartete Schaden** den **allenfalls potenziellen Nutzen weit übersteigt**.

III.

Kostenentscheidung

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

B.

Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung

Die Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung sind 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 wichtigen Gründen dringend geboten ist. Der Erlass der beantragten Anordnung ist vorliegend geboten, weil sich schon bei summarischer Prüfung (zumindest mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit) ergibt, dass die Normenkontrollanträge begründet sind.

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 oder noch zu erhebenden 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 wird auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hingewiesen. 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 hier. Es droht eine erhebliche Grundrechtsverletzung, die im späteren Hauptsacheverfahren nicht mehr beseitigt werden kann. Zu keiner anderen Zeit wurde derart tief in die Grundrechte aller Menschen und insbesondere der hier betroffenen Kinder und Jugendlichen in der Bundesrepublik Deutschland eingegriffen, sodass das ein klarer Fall für die Anwendung der vorgenannten Rechtsprechung ist.

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 noch zu erhebende 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 der Antragsteller*innen, betroffener Dritter und/oder der Allgemeinheit so gewichtig sind, dass eine vorläufige Regelung mit Blick auf die Wirksamkeit und Umsetzbarkeit einer für die Antragsteller*innen 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.

Dieser 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, wie im Rahmen der Ausführungen zur Begründetheit dargelegt wird, vorläufig außer Vollzug zu setzen.

Die in diesem Antrag dargelegten Gründe zeigen den Verstoß der angegriffenen Bestimmungen gegen höherrangiges Recht auf. Vor dem Hintergrund des Grundrechtsschutzes einer Vielzahl von erheblich betroffenen Grundrechtspositionen einer Vielzahl von Grundrechtsträger*innen, ist die Außervollzugsetzung der angegriffenen Vorschrift aus Gründen der Vermeidung schwerer Nachteile geboten.

Da aufgrund der nur kurzzeitig geltenden Regelung der effektive Rechtsschutz droht, zu versagen, wird beantragt,

- 1. dem Antragsgegner im Hinblick auf den Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz eine Stellungnahmefrist bis längstens zum 7. September 2020 8 Uhr einzuräumen;**
- 2. den Antragsteller*innen eine Frist für die Replik bis 12 Uhr einzuräumen und**
- 3. sodann über die gestellten Anträge noch vor Schulbeginn am 8. September 2020 zu entscheiden.**

Die Stellungnahmefrist ist angemessen; es ist dem Antragsgegner zuzumuten, sich mit einem entsprechenden Personaleinsatz diesem Verfahren zu widmen. Ferner ist anzunehmen, dass sich der Ordnungsgeber abseits etwaiger Verfahren Gedanken zu den aufgeworfenen Fragen gemacht hat, sodass es ihm keine Probleme bereiten dürfte, diese in der Kürze der Zeit zu beantworten. Die Schule beginnt am 08.09.2020 sodass eine Entscheidung, um einen effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten, bis spätestens zum 08.09.2020 7.30 Uhr getroffen werden sollte.

Jessica Hamed
Rechtsanwältin

Jessica Hamed für
den ortsabwesenden
Rechtsanwalt Mario Bögelein