



**BÖGELEIN & DR. AXMANN**  
FORCHHEIM | RECHTSANWÄLTE | HAMBURG

RAe Bögelein & Dr. Axmann • Luitpoldstraße 3 • 91301 Forchheim

per beA

Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg  
Hardenbergstr. 31

10623 Berlin

Ihr Zeichen : [REDACTED]  
Unser Zeichen : 01352/21MB/ en  
Sachbearbeiter : RA Bögelein  
Datum : 20.09.21

**Mario Bögelein**  
Rechtsanwalt,  
Fachanwalt für  
Bank- und Kapitalmarktrecht

**Dr. Martin Axmann**  
Rechtsanwalt

**Willi Huber**  
Rechtsanwalt (angestellt)

**Ljubica Markovic**  
Rechtsanwältin (angestellt)

**Kanzleisitz Forchheim**

Luitpoldstraße 3  
91301 Forchheim

Tel. (09191) 616 88-0  
Fax (09191) 616 88-20

sued@boegelein-axmann.com  
www.boegelein-axmann.com

**Beschwerdebegründung**

In der Verwaltungsstreitsache

[REDACTED] ./ Bundesrepublik Deutschland

begründen wir die mit Schriftsatz vom 01.09.2021 eingelegte Beschwerde der Antragstellerin innerhalb der Begründungsfrist.

In der Sache beantragen wir,

- I. Der Beschluss des Verwaltungsgerichts Berlin vom 19.08.2021, Aktenzeichen [REDACTED] wird aufgehoben.
  
- II. Die Verordnung zur Regelung von Erleichterungen und Ausnahmen von Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 (COVID-19 Schutzmaßnahmen-Ausnahmeverordnung – SchAusnahmV) vom 08. Mai 2021 wird bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache außer Vollzug gesetzt, soweit die Erleichterungen auch für Personen

**Standort Hamburg**

Richterstraße 2  
22085 Hamburg

Tel. (040) 271 66 891  
Fax (040) 271 66 896

nord@boegelein-axmann.com  
www.boegelein-axmann.com

In Kooperation mit:

**ILLUMINAS**  
STEUERBERATUNGSGESELLSCHAFT mbH

**geregelt werden, die im Besitz eines auf sie ausgestellten Impfnachweis sind und damit die geimpften Personen mit negativ getesteten Personen, unabhängig von deren Impfstatus, gleichgestellt werden.**

### **III. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens.**

Der Beschwerdeantrag zielt auf die Aufhebung des Beschlusses des Verwaltungsgerichts Berlin wegen zu Unrecht erfolgter Zurückweisung des Antrags auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes. Die Entscheidung des Verwaltungsgerichts ist rechtsfehlerhaft ergangen.

Der Antrag ist sowohl zulässig als auch begründet. Insbesondere aufgrund von weiteren wissenschaftlichen Erkenntnissen, unter anderem der britischen und amerikanischen Gesundheitsbehörden (PHE und CDC) zur Effektivität der Impfung im Hinblick auf die mittlerweile alleine dominierende *Delta- Variante*, die nach der Entscheidung des VG Berlin veröffentlicht wurden, ist auch in einer summarischen Prüfung von einem Verstoß gegen Artikel 3 GG bei einer Gleichbehandlung von Geimpften und negativ getesteten Personen, *unabhängig von deren Impfstatus* auszugehen.

Durch eine Konkretisierung des Antrages unter II. wird nunmehr klargestellt, dass vorliegendes Verfahren nicht auf eine „*Einführung*“ einer Testpflicht für geimpfte Personen gerichtet ist, sondern gegen die Ausnahme zur Testpflicht für Geimpfte gerichtet ist.

### **BEGRÜNDUNG:**

#### **A.**

Die Beschwerde ist zulässig. Sie ist statthaft nach § 146 Abs. 1, Abs. 2 VwGO, weil sie sich gegen einen Beschluss nach § 123 Abs. 1 VwGO richtet.

#### **B.**

Eine Nachprüfung im Rahmen des Beschwerdeverfahrens gegen die Entscheidung des Verwaltungsgerichts Berlin nach § 123 Abs. 1 VwGO ergibt unter Berücksichtigung des nachfolgende Beschwerdevorbringens, dass der streitgegenständliche Sachverhalt anders – als durch das Verwaltungsgericht Berlin geschehen – hätte beurteilt werden müssen und damit dies insgesamt zu einem anderen Ergebnis führt, vgl. § 146 Abs. 4 S. 6 VwGO.

I.

Der Antrag ist entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts Berlin zulässig.

Im Einzelnen:

### 1. Statthaftigkeit der beantragten einstweiligen Anordnung

Ohne Zweifel ist ein Antrag gerichtet auf den Erlass einer einstweiligen Anordnung gem. § 123 Abs. 1 VwGO statthaft.

Zu Unrecht prüft das Verwaltungsgericht Berlin entgegen dem Antrag der Unterfertigten die Statthaftigkeit einer allgemeinen Leistungsklage (vgl. § 43 Abs. 2 S. 1 VwGO).

Das Verwaltungsgericht geht, davon aus, dass der Antrag der Unterfertigten sachdienlich dahingehend auszulegen ist, dass es dem Antragsteller um die vorläufige Einführung einer *Testpflicht für Geimpfte* durch den Bundesrechtsverordnungsgeber gehe, wofür lediglich eine allgemeine Leistungsklage statthaft sei.

Das VG Berlin verkennt jedoch grundlegend, dass in der Hauptsache ausdrücklich eine Feststellungsklage i.S.d. § 43 Abs. 1 VwGO erhoben wurde. Dies ergibt sich aus einer Auslegung des Antragsbegehrens der Antragstellerin, vgl. Art. 19 Abs. 4 GG, §§ 122 Abs. 1, 88 VwGO.

Mit Nichten begehrt die Antragstellerin die *Einführung einer Testpflicht für Geimpfte* durch den Bundesrechtsverordnungsgeber.

Das Antragsbegehren richtet sich klar und deutlich auf die Rechtswidrigkeit der angegriffenen streitgegenständlichen Bestimmungen in der SchAusnahmV. bzw. der darin enthaltenen rechtsgrundlosen Gleichbehandlung von lediglich geimpften **mit negativ getesteten Personen, unabhängig von deren Impfstatus** (wird ausgeführt).

1.

Die Antragstellerin begehrt mit dem gegenständlichen Antrag die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines konkreten Rechtsverhältnisses. Die Antragstellerin erachtet auf dieser Grundlage die Bestimmungen der SchAusnahmV für unwirksam.

Zwar begründet die Gültigkeit einer Norm allein noch kein Rechtsverhältnis. Die Antragstellerin beruft sich jedoch ausdrücklich darauf, durch die **Norm selbst in ihren Rechten verletzt zu sein**.

Das Rechtsverhältnis wird nicht allein durch die jeweilige Norm und dessen Adressat, sondern insbesondere auch durch die Rechtsbehauptung konkretisiert, durch die Bestimmungen der Normen in der Verordnung selbst in subjektiven Rechten verletzt zu sein.

Als feststellungsfähiges Rechtsverhältnis im Sinne des § 43 Abs. 1 VwGO werden die rechtlichen Beziehungen angesehen, die sich aus einem konkreten Sachverhalt aufgrund einer diesen Sachverhalt betreffenden öffentlich-rechtlichen Norm für das Verhältnis mehrere Personen untereinander oder einer Person zu einer Sache ergeben.

Zwischen den Beteiligten des Rechtsweges muss ein Meinungsstreit bestehen, aus dem heraus sich eine Seite berührt, ein bestimmtes Tun oder Unterlassen der anderen Seite verlangen zu können,

*Vgl. Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 28.01.10- 8 C 19.09-, juris, Rn. 24*

Es müssen also aus dieser Rechtsbeziehungen heraus bestimmte Rechtsfolgen ergeben können, was wiederum die Anwendung von bestimmten Normen auf den konkreten Sachverhalt voraussetzt. Daran fehlt es, wenn nur abstrakte Rechtsfragen wie die Gültigkeit einer Norm zur Entscheidung gestellt werden. Auch bloße Vorfragen oder unselbständige Elemente eines Rechtsverhältnisses können nicht Gegenstand einer Feststellungsklage sein.

*Vgl. Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 28.01.10-8C 19.09-, juris, Rn. 24*

Darauf beschränkt sich das vorliegende Antragsbegehren jedoch ausdrücklich nicht.

Die Antragstellerin ist jeden Tag einer völlig unklaren bzw. gegenüber getesteten erhöhten Infektionsgefahr durch andere geimpfte und deswegen nicht getestete Klinikmitarbeiter ausgesetzt. Zudem besteht dieselbe Gefahr bei größeren Menschenansammlungen anlässlich von Gottesdiensten, Versammlungen und ähnlichem. Die Antragstellerin kann daher durch die ungetesteten Menschen in ihrer Umgebung selbst infiziert werden und das Virus auch selbst unerkannt weitergeben.

**Gerade durch die mit dem vorliegenden Verfahren angegriffenen Bestimmungen führt die Gleichbehandlung von geimpften Personen mit getesteten Personen, unabhängig vom Impfstatus**

zu einer Rechtsverletzung der Antragstellerin zu einem Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, da Ungleiches gleich behandelt wird.

2.

Die SchAusnahmV wirkt unmittelbar.

Der Bürger – hier die Antragstellerin – kann nicht auf eine inzidente Normenkontrolle verwiesen werden. Mangels beschränkten Anwendungsbereichs kommt darüber hinaus ein Normenkontrollantrag gem. § 47 VwGO nicht in Betracht. Das Bundesverwaltungsgericht hat inzwischen klargestellt, dass in solchen Sachverhaltskonstellationen eine allgemeine Feststellungsklage gem. § 43 Abs. 1 VwGO zulässig ist.

*Vgl. BVerwGE 111, 276, 278f.*

3.

Im Übrigen ist die Argumentation des Verwaltungsgerichts Berlin verfehlt, soweit in den Beschlussgründen ausgeführt wird, dass ein bloßes Vorgehen gegen die Bundesverordnung allein mit Blick auf die landesrechtliche Gleichstellung Geimpfter mit Getesteten für die Antragstellerin überhaupt nicht zielführend wäre, weil eine Außervollzugsetzung der angegriffenen Gleichstellung auf bundesrechtlicher Ebene die landesrechtliche Gleichstellung Geimpfter mit Genesenen unberührt ließe.

Der Antragstellerin ist sehr wohl bewusst, dass § 4 Nr. 3 der 13. Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung vom 05.06.2021 (inzwischen § 3 der 14. Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung vom 01.09.2021) die Gleichstellung von geimpften Personen und genesenen Personen mit getesteten Personen regelt und damit eine gewisse Bindungswirkung hinsichtlich der Privilegierung geimpfter Personen auf Landesebene in Bayern greift.

Aus diesem Grund hat die Antragstellerin gleichzeitig einen Eilantrag gegen die 13. Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung eingelegt, mithin die Außervollzugsetzung sowohl der landesrechtlichen als auch bundesrechtlichen Bestimmungen begehrt.

Gem. § 28c S. 1 wird die Bundesregierung ermächtigt, durch Rechtsverordnung für Personen, bei denen von einer Immunisierung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 auszugehen ist oder die ein

negatives Ergebnis eines Tests auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vorlegen können, Erleichterungen und Ausnahmen von Geboten und Verboten zu regeln.

Mit dem Erlass der SchutzAusnahmV hat die Bundesregierung eben solche gem. § 28c S. 1 IfSG umschriebenen Erleichterungen und Ausnahmen getroffen.

Soweit die Bundesregierung von ihrer Ermächtigung entsprechend Gebrauch gemacht hat, kann sie gem. § 28c S. 3 IfSG zugleich die Landesregierungen ermächtigen, ganz oder teilweise in Bezug auf von den Ländern nach dem fünften Abschnitt des Infektionsschutzgesetzes erlassene Gebote und Verbote für die in Satz 1 genannten Personen Erleichterungen oder Ausnahmen zu regeln.

Eine solche Ermächtigung findet sich in § 11 SchutzAusnahmV wieder.

Der Freistaat Bayern hat von diesem Recht Gebrauch gemacht und in Folge von § 28c S. 3 IfSG entsprechende Regelungen zu Erleichterungen und Ausnahmen für u.a. geimpfte Personen in Landesrecht umgesetzt.

**Mit Wegfall der Bundesrechtsverordnung erweist sich der Regelungsinhalt der angegriffenen bayerischen Bestimmungen mangels Ermächtigungsgrundlage als rechtsgrundlos. Der Landesgesetzgeber ist nicht berechtigt unmittelbar aufgrund des Infektionsschutzgesetzes erleichterte Regelungen zu treffen.**

Insoweit ist es schlichtweg falsch, wenn das Verwaltungsgericht Berlin der Auffassung ist, dass eine **Außervollzugsetzung der angegriffenen Gleichstellung auf bundesrechtlicher Ebene die landesrechtlich Gleichstellung Geimpfter mit Genesenen unberührt ließe.**

#### **4. Antragsbefugnis**

Die Antragstellerin ist zudem antragsbefugt, vgl. § 42 Abs. 2 VwGO analog. Entgegen den erstinstanzlichen Beschlussgründen, kann die Antragstellerin geltend machen, in ihren Rechten verletzt zu sein.

a)

Die Klagebefugnis folgt aus dem allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. der SchAusnahmV. Die Antragstellerin macht ausdrücklich geltend durch die Anwendung der SchAusnahmV in dem allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG verletzt zu sein.. Die

SchAusnahmV führt dazu, dass geimpfte und negativ getestete Personen als relevante Vergleichsgruppen gleichgestellt werden. Die Antragstellerin kann insoweit geltend machen, bei der Festlegung der Schutzausnahmen sei ihr subjektives Recht auf gerechte Abwägung eigener rechtlich geschützter Interessen verletzt worden.

Entgegen der Auffassung des Gerichts, liegt keine Leistungskonstellation vor. Die Möglichkeit eines Anspruchs auf eine begehrte Leistung war und ist nicht Gegenstand des Verfahrens.

Insoweit das Verwaltungsgericht in fehlerhafter Auslegung des Antragsbegehrens der Antragstellerin davon ausgeht, die staatliche Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG gegenüber der Antragstellerin ist durch die Gleichstellung von Geimpften und negativ Getesteten in der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung offensichtlich und eindeutig nicht verletzt, kann dem nicht ansatzweise gefolgt werden.

Denn selbst, wenn man hier auf die staatliche Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG gegenüber der Antragstellerin abstellt, ergibt sich evident aus der Antragsbegründung der Antragstellerin eine Verletzung eben dieser.

Denn wie das Verwaltungsgericht Berlin in den Beschlussgründen ausführt, ist eine Verletzung der Schutzpflicht jedenfalls dann festzustellen, wenn die öffentliche Gewalt Regelungen und Maßnahmen als Schutzvorkehrungen trifft, die **gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen, oder erheblich dahinter zurückbleiben.**

Dies ist vorliegend der Fall.

b)

Jedenfalls mit den jüngsten wissenschaftlichen Erkenntnissen steht fest, dass mit einer Gleichstellung von lediglich geimpften Personen mit negativ getesteten Personen, unabhängig vom Impfstatus der staatlichen Schutzpflicht der Gesundheitsvorsorge nicht (ausreichend) Rechnung getragen werden kann.

Insbesondere betrachtet das Verwaltungsgericht nicht die Wirksamkeit der Impfung isoliert für sich und stellt selbst mit wohlwollender Betrachtungsweise nicht im Geringsten einen Zusammenhang zur Effektivität anderer Schutzmaßnahmen her.

**Nach den Ausführungen der Antragsschrift ist das Risiko einer Übertragung des Virus bei lediglich geimpften und nicht getesteten Personen deutlich höher, als bei negativ getesteten Personen, unabhängig von deren Impfstatus..**

Durch eine Gleichbehandlung dieser beiden Gruppen ist jedoch aufgrund der ungleichen Sachverhalte ein Verstoß gegen Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 3 Grundgesetz festzustellen.

Dies verkennt jedoch das Verwaltungsgericht Berlin in dem angegriffenen Beschluss nachhaltig.

c)

Entgegen dem Beschluss des Verwaltungsgerichtes Berlin liegen (jedenfalls mittlerweile) eindeutige und unwiderlegbare wissenschaftliche Erkenntnisse vor, **dass von vollständig geimpften Personen die nahezu identische Infektionsgefahr ausgeht, wie von nicht geimpften Personen.**

Die Einschätzung des Robert Koch Institutes vom 19. August 2021, dass aus Public-Health-Sicht durch die Impfung das Risiko einer Virusübertragung in dem Maß reduziert erscheint, dass ungetestete Geimpfte bei der Epidemiologie der Erkrankung keine wesentliche Rolle mehr spielen.

vgl. [https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/COVID-Impfen/FAQ\\_Transmission.html](https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/COVID-Impfen/FAQ_Transmission.html),  
aktualisiert am 27.08.21 jedoch im Wesentlichen inhaltsgleich

welche auch der Parallelentscheidung des VG Berlin vom 20. August 2021, Az. VG 14 L467/21 zugrunde gelegt wurde, ist aufgrund weiterer wissenschaftlicher Erkenntnisse und internationaler Studien bzw. Einschätzungen der amerikanischen Gesundheitsbehörde CDC (Central Disease Center) und auch der britischen Gesundheitsbehörde PHE (Public Health England) **nachweislich überholt.**

Während die Empfehlungen des deutschen Robert Koch Institutes in der zitierten Passage ohne konkrete Nachweise lediglich Wahrscheinlichkeiten im Hinblick auf die Effektivität der Impfungen gegen Übertragung des Virus ausdrücken, werden sowohl von der amerikanischen Gesundheitsbehörde als auch von der britischen Gesundheitsbehörde konkrete Studienergebnisse insbesondere im Hinblick auf die mittlerweile alleine dominierende Deltavariante ausgewertet.

Es versteht sich von selbst, dass die Auswertung von konkreten Studienergebnissen eine **deutlich aufschlussreichere Empfehlungsgrundlage und letztlich Entscheidungsgrundlage für das**



**erkennende Gericht** darstellt, als die auf bloßen Wahrscheinlichkeiten und den Daten der Zulassungsstudie basierenden Empfehlung des RKI. Darüber hinaus wird die vom VG Berlin der zitierten Entscheidung Bezug genommene Fundstelle auch durch den RKI Wochenbericht vom 16.09.21 widerlegt (wird ausgeführt).

Wir ersuchen den Senat, die deutlich bessere Datenlage der zitierten internationalen Gesundheitsbehörden und des RKI im Wochenbericht vom 16.09.21 in die Beurteilung mit einzubeziehen und nicht (alleine) auf die offensichtlich schon aufgrund des verwendeten Datenmaterials, weniger aussagekräftige Empfehlungen des Robert Koch Institutes abzustellen.

d)

Auf Grundlage der RKI Empfehlung kommt das VG Berlin im Beschluss vom 20.08.21, Az. VG 14 L467/21 – zwar in sich konsequent, jedoch im Ergebnis fehlerhaft – zum Ergebnis, dass das Verbot von Tanzveranstaltungen unter „2G Bedingungen“ unverhältnismäßig in die Berufsfreiheit der Gastwirte nach Art. 12 Grundgesetz eingreift.

Die der Entscheidung zugrunde liegende Feststellung des RKI, dass von geimpften keine Gefahr für das öffentliche Interesse ausgeht, ist jedoch grundlegend fehlerhaft, was sich anhand vieler Veröffentlichungen und Studien nachweisen lässt.

e)

Unter Wissenschaftlern – zumindest außerhalb des RKI – ist unumstritten, dass die vollständige Impfung nur zu etwa zu **50 bis 70 Prozent gegen Infektionen mit der Delta-Variante schützt**.

Vgl. [https://www.focus.de/gesundheit/coronavirus/focus-online-kolumne-von-alexander-kekule-2g-regel-ist-unsinn-weil-sie-auf-vollkommen-falscher-rki-behauptung-beruht\\_id\\_20910598.html](https://www.focus.de/gesundheit/coronavirus/focus-online-kolumne-von-alexander-kekule-2g-regel-ist-unsinn-weil-sie-auf-vollkommen-falscher-rki-behauptung-beruht_id_20910598.html)

Das heißt von zehn Geimpften können sich drei bis vier oder vielleicht sogar fünf unentdeckt mit dem Coronavirus infizieren und das Virus auch weitertragen. Einige von ihnen sind wahrscheinlich zumindest für eine kurze Zeit genauso ansteckend wie Ungeimpfte.

Eine kürzlich veröffentlichte Studie der amerikanischen Gesundheitsbehörde CDC kam zu dem Ergebnis, dass die Wirksamkeit der mRNA-Impfstoffe durch das Auftreten der neuen Variante von

**91 auf 66 Prozent** abgefallen ist; in einer anderen Untersuchung kam die US-Gesundheitsbehörde auf lediglich 53 Prozent.

Vgl.

[https://www.cdc.gov/mmwr/volumes/70/wr/mm7034e4.htm?s\\_cid=mm7034e4\\_w](https://www.cdc.gov/mmwr/volumes/70/wr/mm7034e4.htm?s_cid=mm7034e4_w),  
abgerufen am 15.09.21

Auch die Feststellungen der britischen Gesundheitsbehörde lassen eindeutige Rückschlüsse auf eine deutlich verminderte Wirksamkeit der Impfstoffe von Biontech und AstraZeneca zu.

Nach einer Untersuchung der britischen Gesundheitsbehörde PHE

Vgl.

[https://spiral.imperial.ac.uk/bitstream/10044/1/90800/2/react1\\_r13\\_final\\_preprint\\_final.pdf](https://spiral.imperial.ac.uk/bitstream/10044/1/90800/2/react1_r13_final_preprint_final.pdf), abgerufen am 15.09.21

beträgt die durchschnittliche Schutzwirkung der Impfstoffe von Biontech und AstraZeneca im Mittel sogar unter 50 %.

f)

Nachgewiesen wird die verminderte Effektivität einer Impfung gegenüber einem Negativtest zudem auch dadurch, dass es gerade auch im Bereich der vulnerablen Gruppen eine erhebliche Zunahme von Impfdurchbrüchen mit symptomatischen Verläufen zu verzeichnen ist.

Dem aktuellen Wochenbericht des Robert Koch Institutes vom 16. September 2021 (Datenstand 15. September) ist zu entnehmen, dass eine steigende Anzahl von sogenannten „wahrscheinlichen Impfdurchbrüchen“ in den Kalenderwochen 33 bis 36 zu verzeichnen ist. Bei ihm Durchbrüchen handelt es sich um symptomatischen, die aufgetreten sind, obwohl die Patienten bereits eine vollständige Impfung erhalten hatten.

Also in einem Zeitfenster, in dem laut RKI 82,6 Prozent der Altersgruppe durchgeimpft waren und über einen vollen Impfschutz „mindestens zwei Wochen [nach]... der letzten Dosis“ verfügten, so das RKI in den Fußnoten.

**Anteil der Impfdurchbrüche bei symptomatischen COVID-19-Fällen:**

12-17 Jahre: 1,3 % Geimpfte mit vollem Impfschutz

18-59 Jahre: 19,5 % Geimpfte mit vollem Impfschutz

60 Jahre und älter: 42,8 % Geimpfte mit vollem Impfschutz

Tabelle 4: Wahrscheinliche Impfdurchbrüche und Impfquote nach Altersgruppe (Datenstand 15.09.2021)

	Alter 12-17		Alter 18-59		Alter ≥60 Jahre	
	Kumuliert seit KW 05	KW 33-36	Kumuliert seit KW 05	KW 33-36	Kumuliert seit KW 05	KW 33-36
Symptomatische COVID-19-Fälle (gesamt)	84.582	17.331	846.636	98.223	181.357	
Wahrscheinliche Impfdurchbrüche	323	227	30.369	19.145	8.536	4.360
Anteil wahrscheinliche Impfdurchbrüche unter symptomatischen COVID-19- Fällen	0,4%	1,3%	3,6%	19,5%	4,7%	42,8%
Anteil vollständig Geimpfte in der Bevölkerung (Impfquote) [%] <sup>a)</sup>	20,6%	-	64,9%	-	82,6%	

Vgl.

[https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Situationsberichte/Wochenbericht/Wochenbericht\\_2021-09-16.pdf?blob=publicationFile](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Wochenbericht/Wochenbericht_2021-09-16.pdf?blob=publicationFile)

Auch nach den Erhebungen des Robert Koch Institutes ist demnach eine nicht mehr zu vernachlässigende Anzahl von bereits vollständigen geimpften Personen Opfer eines symptomatischen Covid19- Infektionsverlaufes geworden, den es nach der eigenen Empfehlung des Robert Koch Institutes an anderer Stelle (siehe vgl. [https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/COVID-Impfen/FAQ\\_Transmission.html](https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/COVID-Impfen/FAQ_Transmission.html), aktualisiert am 27.08.21 jedoch im Wesentlichen inhaltsgleich) eigentlich gar nicht geben dürfte.

Es ist daher auch nach den Feststellungen des Robert Koch Institutes widerlegt, dass entgegen der aus Public-Health-Sicht durch die Impfung das Risiko einer Virusübertragung **gerade nicht in dem Maß reduziert wird, dass ungetestete Geimpfte bei der Epidemiologie der Erkrankung keine wesentliche Rolle mehr spielen.**

Vielmehr wird durch den aktuellen Wochenbericht vom 16.09.21 gerade das Gegenteil der Einschätzung und Empfehlung des Robert Koch Institutes zur Transmission des Virus aus Public Health Sicht nachgewiesen.

e)

Aber nicht nur bei den vulnerablen Gruppen ab 60 Jahren, sondern auch in der Gruppe der 20 bis 30-jährigen besteht bei lediglich geimpften Menschen gegenüber einem Negativtest eine erhöhte Infektionsgefahr, was sich aufgrund eines Infektionsclusters während einer sogenannten 2G Party in einem Club in Münster, bei der nur geimpfte und genesene Personen Zutritt hatten nachweisen lässt,

vgl. <https://www.sueddeutsche.de/gesundheit/gesundheit-muenster-immer-mehr-infizierte-nach-2g-party-in-muenster-nun-72-dpa.urn-newsml-dpa-com-20090101-210914-99-216045>

Trotz der 2G- Zugangsbeschränkungen infizierten sich an nur einem Abend von den 380 anwesenden Personen mindestens 72 mit dem Sars CoV2 Virus. Wäre die Infektion nicht durch auftretende symptomatische Verläufe bekannt geworden, hätten die infizierten das Virus unerkannt weiterverbreiten können.

Auch nach Aussage des örtlichen Krisenstableiters in Münster schützt eine Impfung vor schweren Erkrankungen, eine Ansteckung und weitere Übertragung seien hingegen nicht auszuschließen.

vgl. <https://www1.wdr.de/nachrichten/westfalen-lippe/corona-infektionen-clubbesuch-muenster-100.html>

Es dürfte damit unstrittig sein, dass eine Übertragung des Virus zwischen geimpften Personen auch durch den Ausschluss von ungeimpften Personen nicht verhindert werden kann, sondern gerade durch die nicht durchgeführten Testungen bei geimpften Personen gefördert wird.

Es ist ausgeschlossen, dass dieselben Infektionscluster auch bei einer vollständigen Testung sämtlicher Teilnehmer an der Club Nacht aufgetreten wären. Wie bereits mit der Antragschrift deutlich gemacht und von dem Verwaltungsgericht Berlin jedoch nicht als entscheidungsrelevant erachtet besteht bei einer Testung der Besucher eines Clubs eine Sicherheit von mindestens bis zu 99,68 %, dass der Besucher keine aktive Infektion in sich trägt was bereits mit der Antragschrift nachgewiesen wurde.,

f)

Bei Beibehaltung der angegriffenen in der Coronaschutzmaßnahmenausnahmereordnung, Es droht damit eine

### „heimliche Pandemie der Geimpften“.

wovor auch bereits von anerkannten Wissenschaftlern gewarnt wird:

*„Geimpfte sind von der Testpflicht weitgehend befreit. Damit fällt es schwer, diese oft asymptomatisch Infizierten herauszufiltern. Ihnen hat man ja versprochen, die Impfungen würden das normale Leben zurückbringen. Der Fernsehspot des Bundesgesundheitsministeriums wirbt ja sogar mit Bildern voller Musikkonzerte und Fußballstadien für die Impfung. Das vermittelt das falsche Versprechen, mit der Impfung wären wir nicht mehr ansteckend und die Pandemie wäre dann vorbei.“*

*Die Konsequenz: Infizieren sich Geimpfte, dann tippen sie bei Krankheitssymptomen eher auf eine Erkältung als auf eine Corona-Infektion. Denn die können sie ja nicht haben, sie sind ja geimpft. Also lassen sie sich auch nicht testen. Und damit bleiben die Infektionen unerkant.*

*Neben der vielbeschworenen Welle der Ungeimpften gibt es auch eine **unsichtbare Welle der Geimpften** [Hervorhebung d,d, Verf.]. Die Bundesregierung und ihre Berater sollten klar kommunizieren: Ohne Maske und Abstand können sich auch Geimpfte mit dem Coronavirus anstecken. Die amerikanische Seuchenschutzbehörde hat das erkannt und empfiehlt jetzt auch eine Maskenpflicht für Geimpfte. Zu behaupten, **Geimpfte spielten für die Entwicklung der Pandemie keine Rolle mehr, wie dies vom Robert Koch-Institut verbreitet wird, ist einfach falsch.**“ [Hervorhebung d,d, Verf.].*

Vgl. [https://www.t-online.de/gesundheit/krankheiten-symptome/id\\_90751654/virologe-kekule-warnt-wir-haben-eine-unsichtbare-welle-der-geimpften.htm](https://www.t-online.de/gesundheit/krankheiten-symptome/id_90751654/virologe-kekule-warnt-wir-haben-eine-unsichtbare-welle-der-geimpften.htm) |

g)

Identisch zu dem vorliegenden Antrag hat bereits die isländische Regierung die mit den angegriffenen Bestimmungen eingeräumten Vorteile für Geimpfte wieder kassiert.

Aufgrund steigender Fallzahlen insbesondere auch bei geimpften Personen und der damit verbundenen Feststellung, dass auch Geimpfte Infektionen relativ leicht weitergeben, wurde die Gleichbehandlung von geimpften mit negativ getesteten Personen mit Wirkung zum 26.06.21 wieder aufgegeben.

Bei zum Zusammentreffen größerer Menschenansammlungen ist in Island nunmehr die Vorlage eines negativen Coronatestes, **sowohl für geimpfte als auch für geimpfte Personen verpflichtend**:

### **Geimpfte machen inzwischen Mehrheit der Angesteckten aus**

Dass Menschen, die gegen **Corona** geimpft sind, hier einen Vorteil genossen haben, stuft die isländische Regierung inzwischen jedoch als **Fehler** ein – und verlangt seit dem 26. Juli auch von Geimpften und Genesenen einen negativen Corona-Test. So zeigen die Daten der Gesundheitsbehörden vor Ort, dass Geimpfte inzwischen die Mehrheit der Angesteckten **in Island** ausmachen. Daher deutete alles darauf hin, erklärte Gudnason, **dass auch Geimpfte Infektionen relativ leicht weitergeben.**

vgl. [https://www.focus.de/gesundheit/steigende-fallzahlen-vom-impf-musterschueler-zur-krise-region-island-haelt-uns-im-corona-kampf-spiegel-vor\\_id\\_15178750.htm](https://www.focus.de/gesundheit/steigende-fallzahlen-vom-impf-musterschueler-zur-krise-region-island-haelt-uns-im-corona-kampf-spiegel-vor_id_15178750.htm)

Eine Gleichbehandlung von geimpften, aber ungetesteten Personen, mit negativ getesteten Personen, verstößt daher nachhaltig gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, da von den geimpften aber ungetesteten Personen ein ungleich höheres Risiko der Übertragung des Virus ausgeht.

Solange das erklärte Ziel des Ordnungsgebers die Eindämmung des Infektionsgeschehens ist, führt an einer verpflichtenden Testung für alle, jedenfalls vor entsprechenden Risikokontakten kein Weg vorbei.

h)

Dementsprechend hat die Antragstellerin auch nicht verkannt, dass es sich bei dem allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG nicht um ein Abwehrrecht, sondern um ein Gleichheitsrecht handelt. Im Rahmen der Antragsbegründung hat die Antragstellerin umfassend zum Ausdruck gebracht, dass es sich bei der Gleichstellung von geimpften und nicht geimpften Personen um eine Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem handelt.

Das Verwaltungsgericht Berlin scheint sich insoweit nicht ansatzweise mit der Argumentation der Antragstellerin auseinandergesetzt zu haben.

Mit Hinblick auf den weiten Gestaltungspielraum sowie dem Ausgleich gegensätzlicher Grundrechtspositionen im Rahmen der umfassenden staatlichen Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S.1 GG ist es unerlässlich solche Erwägungen zu treffen. Insbesondere entfällt eine Abwägung auch nicht deshalb, weil der Gestaltungspielraum nur durch das Untermaßverbot, welches Mindestanforderungen an die Ausgestaltung des Schutzes formuliert, begrenzt wird.

## II.

Im Übrigen erweist sich der Antrag auch der Sache nach als begründet.

Nach § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO kann das Gericht eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis erlassen, wenn die begehrte Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheint.

### 1.

Entgegen den Ausführungen des Verwaltungsgerichts ist eine Vorwegnahme der Hauptsache – wie hier – ausnahmsweise zulässig. Von dem Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache kann abgesehen werden, wenn aufgrund des Gebotes des effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 IV GG eine Versagung des vorläufigen Rechtsschutzes den Antragsteller schwer und unzumutbar belasten würde.

Das Bundesverfassungsgericht hat in diesem Zusammenhang wie folgt ausgeführt:

*„Je schwerer die mit einer Versagung von Eilrechtsschutz verbundenen Belastungen wiegen und je geringer die Wahrscheinlichkeit ist, dass sie im Falle des Obsiegens in der Hauptsache rückgängig gemacht werden könne, umso weniger darf das Interesse an einer vorläufigen Entscheidung zurückgestellt werden.“*

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 06.07.2016, Az.: 1 BVR 1705/15 – NJW 2017,545.

Das Bundesverfassungsgericht stellte darüber hinaus fest:

*„Der vorläufige Rechtsschutz ist also zu gewähren, wenn sonst dem Antragsteller eine erhebliche, über Randbereiche hinausgehende Verletzung in seinen Rechten droht, die*

*durch die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr beseitigt werden kann, es sei denn, dass ausnahmsweise überwiegende, besonders gewichtige Gründe entgegenstehen.“*

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 28.09.2009, Az.: 1 BvR 1702/09 – BeckRS 2009, 39313.

Vorliegend tritt durch die unmittelbare Anwendung der angegriffenen Bestimmungen auf die Antragstellerin eine schwere und unzumutbare Belastung ein.

**Zur Begründung wird auf die Antragschrift und auf I. 4. dieser Beschwerdebegründung Bezug genommen.**

Wie bereits in der Antragschrift und unter **I. 4. dieser Beschwerdebegründung** ausführlich und umfassend dargelegt besteht zum einen die Gefahr, dass sich die Antragstellerin unerkannt bei anderen geimpften aber ungetesteten Personen ansteckt und selbst sowohl Quarantänemaßnahmen über sich ergehen lassen muss als auch das Risiko einer Erkrankung hinnehmen muss.

**Zudem besteht die erhebliche Gefahr, dass die Antragstellerin insbesondere aufgrund ihrer beruflichen Tätigkeit als Krankenschwester das Virus unerkannt auch an die extrem vulnerablen und schützenswerten Gruppen, nämlich an die von ihr behandelten Patienten, überträgt.**

**Eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit, insbesondere der öffentlichen Gesundheit ist damit nachgewiesen, die mit einer antragsgemäßen Entscheidung effektiv verhindert werden könnte.**

2.

Der Antrag ist begründet. Die 13. Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung ist rechtswidrig, soweit in § 4 Nr. 3, § 6 Abs. 2, § 7 Abs. 2, § 8 Nr. 2, § 16 Nr. 1 – Nr. 3 eine Gleichstellung von geimpften und getesteten Personen vorgesehen sind. Die angegriffenen Anordnungen erweisen sich als materiell rechtswidrig wegen vorliegender Unverhältnismäßigkeit.

Die Erfolgsaussichten in der Hauptsache überwiegen bei dieser Sachlage.

Wir ersuchen daher das Gericht um antragsgemäße Entscheidung.

Bögelein

Rechtsanwalt