

Rechtsanwalt Sebastian Lucenti\*

## Keine „Lex-COVID-19“ für Corona-Maßnahmen – Teil I

### Das Ende des verfassungsrechtlichen Tunnelblicks auf staatliche Entscheidungen unter Unsicherheiten

Der vorliegende Aufsatz bildet den Auftakt einer zweiteiligen Analyse der gerichtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung von Corona-Maßnahmen. Hierbei soll der Blick der Rechtsprechung für gewichtige – bislang aber unberücksichtigte – Sachverhaltsaspekte und deren zeitlicher Einordnung geschärft werden, die im Rahmen gerichtlicher Verfahren zu Corona-Maßnahmen zu berücksichtigen sind. Er soll aufzeigen, dass der Gesetzgeber seinen staatlichen Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum – entgegen den Entscheidungen des BVerfG vom 19.11.2021 („Bundesnotbremse I und II“), vom 10.2.2022 und 27.4.2022 („COVID-19-Impfpflicht I und II“) – längst überschritten hat. Eine Vielzahl von Rechtsgrundlagen für Coronaschutzmaßnahmen halten bereits aus einer Ex-ante-Sicht bei einer umfassenden Sachverhaltsauswertung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht stand. Dies gilt umso mehr bei einer sorgfältig durchgeführten gerichtlichen Beweisaufnahme.

#### I. Einleitung

Schon lange vor dem Jahr 2020 existierten diverse Coronaviren. Hierzu waren vier Arten namens NL63, OC43, 229E und HKU1 bekannt, die Menschen weltweit ganzjährig infizieren und die für diese zu einem ganz überwiegenden Anteil ungefährlich sind.<sup>1</sup> Im März 2003 wurde ein weiterer Coronaviruserregent entdeckt, der in einer südchinesischen Provinz vermehrt auftrat und eine Lungenentzündung verursachte, welches als Schweres Akutes Respiratorisches Syndrom bzw. das dafür verantwortliche Virus als SARS-Coronavirus-1 (SARS-CoV-1) bezeichnet wurde, an dem bis Ende Juli 2003 weltweit 774 Menschen starben.<sup>2</sup> Von 2012–2018 breitete sich ein weiteres Virus aus der Familie der Corona-Familie namens Middle East Respiratory Syndrome Coronavirus (MERS-CoV) aus, welches weltweit zu 55 registrierten Todesfällen führte.<sup>3</sup>

Im Dezember 2019 erkrankten in Wuhan, der Hauptstadt der zentralchinesischen Provinz Hubei, eine Vielzahl von Menschen an einer schweren Lungenentzündung mit zunächst unbekannter Ursache. Am 31.12.2019 erfolgte die

Alarmierung der WHO, die den Ausbruch des Virus SARS-CoV-2 – später als COVID-19 bezeichnet – am 12.3.2020 zu einer Pandemie erklärte. Der Deutsche Bundestag stellte auf Grundlage eines Gesetzesentwurfes vom 24.3.2020<sup>4</sup> am 27.3.2020 fest, dass eine Pandemie nationalen Ausmaßes vorliege.<sup>5</sup> Im Vorfeld beschloss die deutsche Politik den ersten harten Lockdown zur Abflachung der Infektionsausbreitungskurve mit Wirkung zum 22.3.2020 mit Grundrechtseingriffen von beispielloser Intensität, wie zB Beschränkungen und Verboten menschlicher Kontakte in der Öffentlichkeit, bundesweite Schließung aller nicht zur Daseinsvorsorge erforderlichen Betriebe und öffentlicher Einrichtungen (ua Schulen und Kindergärten) sowie die Einführung einer Maskenpflicht. Die Berichterstattung des Robert-Koch-Instituts (RKI) und der großen Medien begleiteten das Geschehen mit permanent aufaddierten Infektions- und Todeszahlen ohne vergleichende Bezugsgrößen zu anderen Infektionskrankheiten oder anderen jährlichen Todesursachen. Im Rahmen der Bevölkerungsschutzgesetze vom 27.3.2020 – vom 23.5.2020 und vom 20.11.2020 erfolgten mehrere Änderungen des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie.<sup>6</sup> Ab dem 2.11.2020 wurde von der Politik ein Lockdown-light beschlossen, der im Dezember 2020 nachgeschärft wurde, mit ebenfalls massiven Grundrechtseingriffen. Binnen circa 10 Monaten wurden vier in ihrer Art völlig neuartige Impfstoffe gegen COVID-19 entwickelt, die sukzessive seit Dezember 2020 durch die Europäische Arzneimittelbehörde (EMA) bedingt zuge-

\* Der Autor ist Rechtsanwalt. Der vorliegende Aufsatz bildet ausschließlich die Rechtsauffassung des Autors ab.

1 <https://www.dpz.eu/de/infothek/wissen/coronaviren.html>.

2 <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1097924/umfrage/sars-todesfaelle-nach-laendern-weltweit/#professional>.

3 <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1128458/umfrage/erkrankungs-und-todesfaelle-aufgrund-von-mers-cov-weltweit/>.

4 BT-Drs. 19/18111.

5 Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite v. 27.3.2020, BGBl. 2020 I 587.

6 Huster/Kingreen InfektionsschutzR-HdB, 1. Aufl. 2021, Kap. 1 Rn. 25 ff.

lassen und an Mio. Menschen allein in Deutschland verimpft wurden. Diese bis September 2022 nur bedingt zugelassenen COVID-19-Impfstoffe stellten bereits nach einem Jahr mit den vom Paul-Ehrlich-Institut (PEI) bislang gemeldeten Verdachtsfällen unerwünschter Nebenwirkungen in qualitativer und quantitativer Hinsicht die bislang regulär zugelassenen Impfstoffe der vorangegangenen 20 Jahre in den Schatten. Ungeachtet dessen wurden im weiteren Verlauf des Jahres 2021 staatliche Maßnahmen initiiert, die im November 2021 circa 17,3 Mio. nicht vollständig geimpfte Personen im Alter ab 12 Jahren<sup>7</sup> von der Teilnahme am gesellschaftlichen Leben ausschlossen (2-G) oder die Teilnahme von einer teilweise kostenpflichtigen Testpflicht abhängig machten (3-G). Im Dezember 2021 folgte die gesetzgeberische Entscheidung für eine einrichtungs- und unternehmensbezogene Impfpflicht sowie im April 2022 ein erster Versuch zur Einführung einer allgemeinen gesetzlichen Impfpflicht gegen COVID-19, deren Bewertung Gegenstand des zweiten Teils dieses Aufsatzes sein wird.

Art und Umfang der durch die Verwaltungsgerichte und die Landesverfassungsgerichte vorwiegend in Eilverfahren geprüften und kaum gezügelten staatlichen Grundrechtseingriffe haben nach mehr als 2 Jahren die gewaltigsten gesellschaftlichen, sozialen und finanziellen Schäden in der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland hinterlassen. Die ganz überwiegende Zahl der veröffentlichten Entscheidungen der OVG<sup>8</sup> und des BVerfG<sup>9</sup> insbesondere der Hauptsacheentscheidungen vom 19.11.2021 („Bundesnotbremse I und II“) –<sup>10</sup> haben Corona-Maßnahmen von erheblicher Eingriffsintensität unter Verweis auf eine scheinbar uferlose Einschätzungsprärogative des Staates und unreflektierter Übernahme der Zahlenwerke des RKI gebilligt. Eine Auswertung aus dem Jahr 2021 von 2267 verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen zeigt, dass in den zumeist geführten Eilverfahren im Durchschnitt lediglich eine Erfolgsquote von 18 % bestand, freiheitseinschränkende Maßnahmen aufzuheben.<sup>11</sup> Gerade bei Entscheidungen der Legislative und Executive zur Bewertung einer komplexen Gefährdungslage und der Auswahl von Schutzmaßnahmen mit den daraus zu erwartenden multiplen Folgeschäden mit Breitenwirkung kommt der Erhebung und Verarbeitung relevanter Daten sowie Beratung durch unabhängige Sachverständige aller betreffenden Fachdisziplinen des gesamten wissenschaftlichen Meinungsspektrums eine große Bedeutung zu. Ein am 8.7.2021 im Pandemie-Unterausschuss des Deutschen Bundestages als Sachverständige angehörter Datenanalyst hat es im Rahmen der Bewertung der DIVI-Intensivregisterdaten treffend auf den Punkt gebracht, dass falsche Annahmen und Daten auch die Gerichte unweigerlich zu falschen Entscheidungen führen.<sup>12</sup> Hinzu kommt die fatale Weigerung der Rechtsprechung, beachtliche wissenschaftliche Erkenntnisse – abseits der vorselektierten zweifelhaften Datenerhebung des RKI und des PEI – zur Kenntnis zu nehmen, sich mit dem Zustandekommen dieser Zahlenwerke zu beschäftigen und die Ergebnisse im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigen.

## II. Systemfehler der staatlichen Coronamaßnahmen im Kontext des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes

### 1. Einseitige Beraterauswahl und Mehrfachbesetzung statt eines interdisziplinären und unabhängigen Krisenstabes mit breitem Meinungsspektrum

Ein systemischer Fehler der staatlichen Coronastrategie bestand von Beginn an darin, die Gefährdungsanalyse und Entscheidung über Schutzmaßnahmen maßgeblich auf den

Rat nur eines kleinen Kreises von Laborvirologen sowie Epidemiologen zu stützen anstatt ein Beratungsgremium mit einer ausgewogenen Mischung des gesamten Meinungs- und Wissenschaftsspektrums zu bilden. Eine zentrale Rolle kommt hierbei dem Virologen Prof. Dr. med. Drosten als wissenschaftlicher Berater der Bundes- und Landesregierungen zu, der maßgeblich an der Entwicklung des PCR-Tests als Nachweisverfahren für COVID-19 im Januar 2020 beteiligt war<sup>13</sup> und parallel in zahlreichen beratenden Gremien vertreten ist. Hierzu zählen insbesondere dessen Beteiligung an den Ad-Hoc-Stellungnahmen zur Bekämpfung von COVID-19 als Mitglied in der Nationalen Akademie der Wissenschaften (Leopoldina),<sup>14</sup> seine ursprüngliche Berufung in den Ausschuss nach § 5 IX IfSG zur Beurteilung der Auswirkungen von Maßnahmen nach dem IfSG<sup>15</sup> und als zentraler Ansprechpartner des vom RKI benannten Nationalen Konsiliarlaboratoriums für Coronaviren (Institut für Virologie der Charité – Universitätsmedizin Berlin).<sup>16</sup> Gleiches gilt für den Veterinärmediziner und Mikrobiologen Prof. Dr. med. Wieler, der Präsident des RKI ist und zugleich als Mitglied in der Arbeitsgruppe an den Ad-Hoc-Stellungnahmen der Leopoldina mitwirkte. Ferner hat die damalige Bundesregierung mit Prof. Dr. Nagel einen medizinfremden Modellierer aus dem Bereich Verkehrssystemplanung und Verkehrstelematik zur Vorhersage des Infektionsgeschehens beigezogen. Die starke Tendenz zur Auswahl von wissenschaftlichen Beratern, die eine harte Maßnahmenlinie vertreten, zeigt sich insbesondere in der Antwort der Bundesregierung vom 16.9.2021 auf eine Kleine Anfrage zu den Auswahlkriterien der wissenschaftlichen Berater.<sup>17</sup> Angesichts der durchaus vorhersehbaren multiplen negativen Auswirkungen von monatelangen Lockdowns hätte spätestens im März 2020 ein interdisziplinär besetztes wissenschaftliches Beratungsgremium (ua Virologen, Epidemiologen, Immunologen, Krankenhaushygieniker, Intensivmediziner, Fachärzte für Tropenmedizin, Hausärzte, Medizinstatistiker und Datenanalysten, Pfleger, Verfassungsrechtler aus Lehre und Anwaltschaft, Psychologen, Ökonomen) eingesetzt werden müssen, welches zunächst summarisch eine Gefährdungsbeurteilung vornimmt, verschiedene Maßnahmenkonzepte (ua Primärschutz für Krankenhäuser sowie Alten- und Pflegeheime, Konzepte mit und ohne Lockdown) entwickelt sowie deren jeweiligen voraussichtlichen Nutzen und Schäden einschätzt. Die unbefangene maßnahmenbegleitende systematische Evaluierung der Maßnahmen erfordert ein hiervon personell getrenntes unabhängiges zweites interdisziplinäres fachwissenschaftlich

7 <https://impfdashboard.de/> (Stand: 23.11.2021).

8 Exemplarisch: OGV Münster 22.7.2020 – 13 B 886.20.NE, BeckRS 2020, 16700 Rn. 24; OVG Magdeburg 10.11.2020 – 3 R 219/20, BeckRS 2020, 32480 Rn. 33 ff.; aA für die 3-G-Regelung im Einzelhandel: OVG Lüneburg NJW 2022, 356.

9 BVerfGE 157, 394 = NVwZ 2021, 789.

10 BVerfGE 159, 223 = NVwZ-Beil 2022, 7 = NJW 2022, 139; BVerfGE 159, 355 = NVwZ-Beil 2022, 36 = NJW 2022, 167.

11 Kruse/Langner NJW 2021, 3707 (3708).

12 [https://www.bundestag.de/resource/blob/850806/7bd14581e33890e68fe7d57ee67d4cbf/19\\_14-2\\_13-2\\_ESV-Tom-Lausen-Langfriste-Konsequenzen-data.pdf](https://www.bundestag.de/resource/blob/850806/7bd14581e33890e68fe7d57ee67d4cbf/19_14-2_13-2_ESV-Tom-Lausen-Langfriste-Konsequenzen-data.pdf).

13 [https://www.charite.de/service/pressemitteilung/artikel/detail/erster\\_test\\_fuer\\_das\\_neuartige\\_coronavirus\\_in\\_china\\_entwickelt/](https://www.charite.de/service/pressemitteilung/artikel/detail/erster_test_fuer_das_neuartige_coronavirus_in_china_entwickelt/).

14 [https://www.leopoldina.org/uploads/tx\\_leopublication/2020\\_12\\_08\\_Stellungnahme\\_Corona\\_Feiertage\\_final.pdf](https://www.leopoldina.org/uploads/tx_leopublication/2020_12_08_Stellungnahme_Corona_Feiertage_final.pdf); [https://www.leopoldina.org/fileadmin/redaktion/Publikationen/Nationale\\_Empfehlungen/2021\\_Coronaviurs-Pandemie\\_Klare\\_und\\_konsequente\\_Ma%C3%9Fnahmen.pdf](https://www.leopoldina.org/fileadmin/redaktion/Publikationen/Nationale_Empfehlungen/2021_Coronaviurs-Pandemie_Klare_und_konsequente_Ma%C3%9Fnahmen.pdf).

15 <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/service/begriffe-von-a-z/sachverstaendigenausschuss-infektionsschutzgesetz.html>.

16 [https://virologie-ccm.charite.de/diagnostik/konsiliarlaboratorium\\_fuer\\_coronaviren/](https://virologie-ccm.charite.de/diagnostik/konsiliarlaboratorium_fuer_coronaviren/).

17 BT-Drs. 19/32484, 7 f.

besetztes Beratungsgremium. Dies betrifft vor allem das gesamte Spektrum der gesundheitlichen, sozialen und finanziellen Folgen des Maßnahmenpakets. Diese Aufgabenstellungen können sachgerecht nur interdisziplinäre weisungsungebundene Beratungsteams leisten, die mit Mitgliedern des gesamten Meinungsspektrums besetzt sind. Nur auf diese Weise können die relevanten Themen von verschiedenen Blickwinkeln beleuchtet werden und die effektivsten sowie zugleich mildesten Maßnahmen ermittelt werden. Dies ist ausgeblieben.

Demgegenüber haben zahlreiche renommierte Wissenschaftler bereits frühzeitig, wie ua ein Autorenteam um Prof. Dr. med. Schrappe (Klinische Infektiologie) mit 8 Thesepapieren vom 5.4.2020 bis zum 10.10.2021<sup>18</sup> und einer Stellungnahme im Gesundheitsausschuss des Deutschen Bundestages am 28.10.2020,<sup>19</sup> das Deutsche Netzwerk Evidenzbasierte Medizin eV mit Stellungnahmen von März 2020 bis März 2022<sup>20</sup> sowie der Mathematiker und Medizinstatistiker Prof. Dr rer. nat. Antes mit Stellungnahmen seit März 2020<sup>21</sup> die mangelhafte Datenlage, getroffene maßgebliche Annahmen und darauf gestützte staatliche Schutzmaßnahmen mangels Evidenz kritisiert und Alternativvorschläge unterbreitet. Kein einziger dieser kritischen Wissenschaftler ist in den von der neuen Bundesregierung erst im Dezember 2021 gebildeten 19-köpfigen Expertenrat<sup>22</sup> zur Pandemiebekämpfung einberufen worden. An der einseitigen Beraterauswahl hat sich somit nichts geändert, da dieser ausschließlich aus Mitgliedern besteht, die die Grundlagen der bisherigen staatlichen Pandemiemaßnahmen nicht tiefgreifend hinterfragen. Ein rascher Fortschritt in der Bekämpfung einer komplexen Gefahrenlage erforderte jedoch zwingend einen ungehinderten wissenschaftlichen Diskurs auf staatlicher Beraterebene, um sicherzustellen, dass alle relevanten Erkenntnisquellen ausgeschöpft werden und keine Betriebsblindheit eintritt. Die forensische anwaltliche Tätigkeit zeigt hierbei häufig, dass komplexe technisch geprägte Sachverhalte erst dann vollständig erfasst und wertvolle Erkenntnisse gewonnen werden können, wenn Sachverständige mit unterschiedlichen Auffassungen in einer mündlichen Verhandlungssituation direkt aufeinandertreffen und diese auf fachlicher Augenhöhe ihre Standpunkte im Diskurs begründen müssen. Dies kann durch vereinzelte Anhörungen von Einzelsachverständigen im Gesundheitsausschuss, die Einholung von schriftlichen Stellungnahmen von Fachgesellschaften oder anderer Beratungsgremien ohne Interaktion nicht ersetzt werden.

## 2. Fehlerhafte Gefährdungsbeurteilung und Bestimmung von Schutzmaßnahmen

Dem RKI werden durch § 4 IfSG als nationaler Behörde im Geschäftsbereich des Bundesgesundheitsministeriums alle maßgeblichen Aufgaben zur frühzeitigen Erkennung und Vermeidung der Ausbreitung von Infektionskrankheiten übertragen. Hierzu gehört insbesondere die Gefährdungsbeurteilung, die Auswertung der an das RKI übermittelten infektionsepidemiologischen Rohdaten sowie die Erstellung von Handlungsempfehlungen. Wesentlichen Aufgaben hat das RKI hierbei hinsichtlich der COVID-19-Pandemie bereits von Januar 2020 an bis heute so mangelhaft erfüllt, dass an der Zuverlässigkeit maßgeblicher Daten und Empfehlungen des RKI, die zur Begründung von freiheitseinschränkenden Maßnahmen herangezogen wurden, seitens der Verwaltungsgerichte und des BVerfG längst hätten erhebliche Zweifel angebracht gewesen wären.

### a) Massiv fehleranfällige Modellberechnungen

Ein schwerer und vermeidbarer Irrtum der Legislative und Executive lag von Beginn an darin, das staatliche Maßnahmen an extrem fehleranfälligen Modellberechnungen zu COVID-19-Neuinfektionen und daraus abgeleiteten Hospitalisierungen und Todesfällen ausgerichtet wurden. Dies zeigt sich besonders anschaulich an der RKI-Modellierung unmittelbar vor dem ersten Lockdown vom 20.3.2020<sup>23</sup> zur Beurteilung der Gefährdungslage. Mit dieser Modellierung (dort Abbildung 8) hat das RKI abhängig von verschiedenen Faktoren bis zu circa 380000 COVID-19-bedingte Todesfälle für die erste Welle vorhergesagt.<sup>24</sup> Diese grobe Fehleinschätzung der Modellrechnung hätte durch eine vereinfachte Plausibilitätskontrolle der politischen Entscheidungsträger bereits vor dem ersten Lockdown erkannt werden können und müssen, wenn sich diese damit selbst ernsthaft und den veröffentlichten Daten des RKI beschäftigt hätten. Denn ausgehend von dem seitens des RKI in der Modellrechnung vom 20.3.2020 (dort S. 4, rechte Spalte) angenommenen Startpunkt der Epidemie am 8.3.2020 mit 1000 Infektionen hätte auf Grundlage der seitens der RKI angenommenen Worst-Case-Reproduktionszahl von  $R_0 = 2$  (R-Wert, Zahl der Neuinfektion pro Tag durch eine infizierte Person) und einem Mittelwert von  $R_0 = 1,6$ , der danach jeweils steigenden Anzahl der täglichen Neuinfektionen und der vom RKI täglich ermittelten Fallsterblichkeit die danach prognostizierten COVID-19-Todesfälle mit der Zahl der erfassten COVID-19-Todesfälle zum Zeitpunkt des ersten Lockdowns am 22.3.2020 wie folgt verglichen werden können:

Datum	Infektionen ( $R_0 = 2$ )	Infektionen ( $R_0 = 1,6$ )	Fallsterblichkeit lt. RKI zum Stichtag <sup>25</sup>	Todesfälle bei $R_0 = 2$	Todesfälle bei $R_0 = 1,6$	Todesfälle tatsächlich <sup>26</sup>
8.3.2020	1000	1000	0 %	0	0	0
9.3.2020	2000	1600	0,18 %	3,60	2,88	2
10.3.2020	4000	2560	0,15 %	6	3,84	2
11.3.2020	8000	4096	0,19 %	15,20	7,78	3

18 <https://schrappe.com/ms2/>.

19 [https://www.bundestag.de/resource/blob/801784/787fe252606b0cff7d8c75b007269bfc/19\\_14\\_0233-6-\\_ESV-Matthias-Schrappe\\_Cov19-Teststrategie-data.pdf](https://www.bundestag.de/resource/blob/801784/787fe252606b0cff7d8c75b007269bfc/19_14_0233-6-_ESV-Matthias-Schrappe_Cov19-Teststrategie-data.pdf).

20 <https://www.ebm-netzwerk.de/de/veroeffentlichungen/stellungnahmen-pressemitteilungen>.

21 <https://www.spiegel.de/wissenschaft/medizin/coronavirus-die-zahlen-sind-vollkommen-unzuverlaessig-a-7535b78f-ad68-4fa9-9533-06a224cc9250>.

22 <https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/pandemie-die-corona-erklaerer-diese-19-experten-beraten-kuenftig-die-bundesregierung>.

23 [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Modellierung\\_Deutschland.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Modellierung_Deutschland.pdf?__blob=publicationFile).

24 [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Modellierung\\_Deutschland.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Modellierung_Deutschland.pdf?__blob=publicationFile).

25 [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Daten/Fallzahlen\\_Gesamtuebersicht.html](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Daten/Fallzahlen_Gesamtuebersicht.html).

26 [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Daten/Fallzahlen\\_Gesamtuebersicht.html](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Daten/Fallzahlen_Gesamtuebersicht.html).

Datum	Infektionen (R0 = 2)	Infektionen (R0 = 1,6)	Fallsterblichkeit lt. RKI zum Stichtag <sup>25</sup>	Todesfälle bei R0 = 2	Todesfälle bei R0 = 1,6	Todesfälle tatsächlich <sup>26</sup>
12.3.2020	16000	6554	0,21 %	33,60	13,76	5
13.3.2020	32000	10486	0,16 %	52,25	17,12	5
14.3.2020	64000	16777	0,21 %	134,91	35,37	8
15.3.2020	128000	26844	0,25 %	320	67,11	12
16.3.2020	256000	42950	0,20 %	512	85,90	12
17.3.2020	512000	68719	0,17 %	870,40	116,82	12
18.3.2020	1024000	109951	0,15 %	1536	164,93	12
19.3.2020	2048000	175922	0,18 %	3686,40	316,66	20
20.3.2020	4096000	281475	0,22 %	9011,20	619,24	31
21.3.2020	8192000	450360	0,28 %	22937,60	1261,01	47
22.3.2020	16.384.000	720.576	0,30 %	49.152,00	2.161,73	55

Da bis zum Zeitpunkt des ersten Lockdowns am 22.3.2020 – mit Ausnahme des Verbots von Großveranstaltungen – keinerlei Kontaktbeschränkungen im öffentlichen Raum, keine Abstandsregeln und keine Maskenpflicht bestanden, hätte es nach den Modellierungen des RKI am 22.3.2020 zu einer Anzahl zwischen 2161 und 49152 Coronatoten kommen müssen. Angesichts der am 22.3.2020 tatsächlich festgestellten 55 Todesfälle (an und mit COVID-19) hätte klar sein müssen, dass Modellrechnungen ohne empirische Basisdaten keine vernünftige Beurteilung der Risikolage zulassen und erst recht keine Begründung für freiheitseinschränkende Maßnahmen sein können. Angesichts der von Pandemiebeginn an bis heute fehlenden repräsentativen epidemiologischen Daten (Kohortenstudien) zum Infektionsgeschehen werden die Modellrechnungen durch Annahmen ohne empirische Daten beeinflusst, wobei kleinste Änderungen bestimmter Parameter große Auswirkungen auf das Modellergebnis haben.<sup>27</sup> Dann aber können unplausible Modellrechnungen oder rein theoretisch denkbare Infektions- und Todesfallzahlen nicht als gesichertes Erkenntnis behandelt werden und dürfen den Abwägungsprozess nicht bestimmen.<sup>28</sup> Diese Situation verschärfte sich noch dadurch, dass die Bundesregierung im Pandemieverlauf mit Prof. Dr. Nagel einen fachfremden Experten der Verkehrssystemplanung und Verkehrstelematik zur Modellierung des COVID-19-Infektionsgeschehens beauftragte, der im MODUS-COVID-Bericht vom 19.3.2021 Inzidenzen für Anfang Mai 2021 von über 2000 vorhergesagt hatte,<sup>29</sup> während die bundesweite 7-Tagesinzidenz laut RKI zum 1.5.2021 tatsächlich nur bei 149 lag.<sup>30</sup> Die Berechnungsmodelle des MODUS-COVID-Teams um diesen Experten und dessen Einschätzungen im Gesundheitsausschuss des Deutschen Bundestages<sup>31</sup> prägten maßgeblich die gesetzgeberische Begründung von nächtlichen Ausgangssperren nach § 28 b I 1 S. 1 Nr. 2 IfSG aF zum 4. Bevölkerungsschutzgesetz,<sup>32</sup> die das BVerfG in seiner Entscheidung vom 19.11.2021 zu Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen widerspruchlos aufgegriffen hat.<sup>33</sup> Sowohl Gesetzgeber als auch das BVerfG blendeten hierbei den rechtzeitig vor Verabschiedung der Bundesnotbremse erfolgten detailliert begründeten Warnhinweis führender deutscher Aerosolforscher vom 12.4.2021 aus, dass im Außenbereich Infektionen äußerst selten sind und keine relevante Bedeutung für die Infektionsausbreitung haben.<sup>34</sup> Für das BVerfG genügte jedoch ein theoretisch verbleibendes unbestimmtes Infektionsrisiko, um keine Überschreitung des gesetzgeberischen Einschätzungs- und Prognosespielraums anzunehmen.<sup>35</sup>

### b) Isolierte Verwendung von PCR-Tests zur Erfassung von Neuinfektionen und Ermittlung von Inzidenzwerten

Der Gesetzgeber<sup>36</sup> und die Verwaltung bezogen sich zur Vornahme von Grundrechtseingriffen immer wieder auf die Entwicklung des Infektionsgeschehens, wofür die Anzahl von Neuinfektionen in den letzten 7 Tagen bezogen auf 100000 Einwohner herangezogen wurde. Als Standardnachweis einer COVID-19-Infektion wird seit Januar 2020 hierbei der PCR-Test als Diagnosemittel verwendet. Dieses Verfahren liefert – wie bereits seit spätestens Juni 2020 fachwissenschaftlich bekannt ist – keinen Nachweis darüber, ob die untersuchte Person infektiös ist.<sup>37</sup> Denn der PCR-Test kann lediglich die Existenz einer isolierten Gensequenz eines Erregers nachweisen, nicht jedoch, ob es sich hierbei um einen vermehrungs- beziehungsweise „lebensfähigen“ Erreger handelt<sup>38</sup> oder ob die untersuchte Person an COVID-19 erkrankt ist bzw. das Virus weiterverbreiten kann. Dies erfordert – wie das RKI spätestens seit September 2020 einräumt – neben einem fachgerecht durchgeführten PCR-Test vielmehr weitergehende diagnostische Untersuchungen, insbesondere eine erfolgreiche Virusanzucht aus dem Nasen-/Rachenabstrich in Zellkultur,<sup>39</sup> die aber in der massenhaften Testpraxis bis heute nicht stattfindet. Folglich haben allein aus positiven PCR-Tests abgeleitete Fallzahlen keinerlei Be-

25 [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Daten/Fallzahlen\\_Gesamtuebersicht.html](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Daten/Fallzahlen_Gesamtuebersicht.html).

26 [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Daten/Fallzahlen\\_Gesamtuebersicht.html](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Daten/Fallzahlen_Gesamtuebersicht.html).

27 Heberlein GuP 2020, 97 (102); Heberlein GuP 2021, 41 (48 f.).

28 Murswiek NVwZ – Extra 5/2021, 8.

29 <https://depositonce.tu-berlin.de/handle/11303/12878>.

30 [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Situationsberichte/Mai\\_2021/2021-05-01-de.pdf](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Mai_2021/2021-05-01-de.pdf).

31 Prot.-Nr. 19/154, S. 12 f.

32 BT-Drs. 19/28444, 12.

33 BVerfGE 159, 223 Rn. 279 f., 287 = NVwZ-Beil 2022, 7 = NJW 2022, 139.

34 Offener Brief an die Bundesregierung (abrufbar unter: [http://docs.dpaq.de/17532-offener\\_brief\\_aerosolwissenschaftler.pdf](http://docs.dpaq.de/17532-offener_brief_aerosolwissenschaftler.pdf)); <https://www.zdf.de/nachrichten/politik/corona-aerosol-forscher-ansteckungen-brief-merkel-100.html>.

35 BVerfGE 159, 223 Rn. 209 = NVwZ-Beil 2022, 7 = NJW 2022, 139.

36 BT-Drs. 19/24334.

37 [https://dgn.org/neuronews/journal\\_club/vorhersage-der-infektiositaet-von-sars-cov-2-bei-positiver-pcr/](https://dgn.org/neuronews/journal_club/vorhersage-der-infektiositaet-von-sars-cov-2-bei-positiver-pcr/); Welt-Artikel v. 15.4.2021 (<https://www.welt.de/debatte/kommentare/article230407507/Ct-Wert-Wir-muessen-die-Ergebnisse-der-PCR-Tests-genauer-auswerten.html>).

38 [https://www.labor-spiez.ch/pdf/de/dok/pos/88\\_021\\_Plakate\\_PCR\\_d.pdf](https://www.labor-spiez.ch/pdf/de/dok/pos/88_021_Plakate_PCR_d.pdf); <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/120745>.

39 RKI Epidemiologisches Bulletin 39/2020 v. 24.9.2020, S. 8 f.

weiswert für eine Infektion (§ 2 Nr. 2 IfSG) oder die Annahme, derart getestete Personen könnten zur COVID-19-Verbreitung beitragen, da diese ohne Nachweis der Aufnahme eines Krankheitserregers nicht einmal Ansteckungsverdächtige nach § 2 Nr. 7 IfSG sind. Zusätzlich wird die Wahrscheinlichkeit der Falsch-Positivrate der PCR-Tests durch verschiedene von den Laboren festgelegten Parameter des Testverfahrens maßgeblich erhöht. Hierzu gehört insbesondere die von der WHO von Januar 2020 bis Anfang März 2020 ausgegebenen Empfehlung, die Untersuchung von drei Zielgenen auf ein Zielgen zu reduzieren<sup>40</sup> und PCR-Tests mit einer überhöhten Zahl von Zyklen – wie etwa 45 Vervielfältigungszyklen (sogenannte CT-Wert) gemäß der Vorgabe des Corman-Drosten-Papers vom 23.1.2020 – durchzuführen.<sup>41</sup> Es existieren bis heute keine verbindlichen bundeseinheitlichen standardisierten Laborvorgaben für die fachgerechte Durchführung der COVID-19-PCR-Tests, so dass der Einzelsachverständige Prof. Dr. Bergholz im Gesundheitsausschuss des Deutschen Bundestages am 30.10.2020<sup>42</sup> und am 21.5.2021<sup>43</sup> darauf hinwies, dass die Teststrategie in keiner Weise den Qualitätsanforderungen der Technik oder dem Stand der Wissenschaft entspricht, so dass eine erhebliche Übererfassung des Infektionsgeschehens stattfindet und das tatsächliche Infektionsgeschehen weitgehend verschleiert wird. Dies betrifft vor allem die Festlegung einer Mindestanzahl der zu untersuchenden Zielgene und einer Obergrenze des CT-Werts. Der CT-Wert weist die Zahl der im Labor durchgeführten Vervielfältigungszyklen der Polymerase-Kettenreaktionen aus, bis ein Gensegment vorgefunden wird. Je höher der CT-Wert, desto geringer ist die Viruslast.<sup>44</sup> So geht etwa aus veröffentlichten Studien aus Kanada [aus Mai 2020<sup>45</sup> und aus September 2020<sup>46</sup>], der US-Behörde für Krankheitskontrolle und – prävention CDC (aus April 2021<sup>47</sup>), aus Südkorea (aus April 2021<sup>48</sup>) und der Universität Duisburg aus Mai 2021 unter Auswertung von 190000 PCR-Tests (dort lagen etwa 60 % der analysierten positiven PCR-Tests von März bis Dezember 2020 oberhalb des CT-Werts von 25)<sup>49</sup> hervor, dass oberhalb eines CT-Wertes von 24-30 kein reproduktionsfähiges Virus erfolgreich angezüchtet werden konnte. Auf Nachfrage des NDR, WDR und der Süddeutschen Zeitung erklärten 73 % der 137 befragten Gesundheitsämter, dass die Labore die CT-Werte selten bis nie mitteilten, was seit Anfang Oktober 2020 bekannt ist.<sup>50</sup> Auch dem Umstand, dass der CT-Wert je nach Zeitpunkt der möglichen Infektion und des PCR-Tests noch ansteigen könnte, hätte unschwer durch einen wenige Tage später durchgeführten zweiten PCR-Test Rechnung getragen werden können. Diese längst bekannten zentralen Erkenntnisse zum PCR-Test wurden durch das RKI, die beratenden Virologen und von den Bundes- sowie den Landesregierungen bis heute nicht aufgegriffen, um die Teststrategie anzupassen. Diese Vorgehensweise ist angesichts der Wertlosigkeit der aus isolierten und überkalibrierten PCR-Tests gewonnenen Daten vollkommen unverständlich und wird seit spätestens Oktober 2020 auch öffentlich kritisiert.<sup>51</sup> Hiervon abgesehen existierte zu keinem Zeitpunkt eine wissenschaftliche Evidenz für einen Kausalzusammenhang der so ermittelten Inzidenzen, einem Grenzwert für eine 7-Tagesinzidenz und steigender COVID-19-Hospitalisierungen und Todesfällen. Denn die Inzidenz wird durch zufällige Faktoren, wie Anzahl und Standort der PCR-Tests, dem CT-Wert und der Zahl der Zielgene der PCR-Tests bestimmt.

Ungeachtet dessen hat die weit überwiegende Zahl der Verwaltungsgerichte mit einem selbst für Eilverfahren erschreckend hohen Maß an Oberflächlichkeit bei der Sachverhaltsermittlung zugunsten einer staatlich diffus dargelegten Gefahrenlage schwerwiegende flächendeckende Grundrechts-

eingriffe als voraussichtlich verfassungsgemäß bewertet. So hat das OVG Münster im Rahmen eines Eilverfahrens wegen eines Betriebsverbots eines kontaktlosen Outdoorsportbetreibers am 25.11.2020<sup>52</sup> auf Grundlage der am 10.6.2020 veröffentlichten wissenschaftlichen Erkenntnisse<sup>53</sup> zwar richtigerweise festgestellt, dass ein positiver PCR-Test keinen Nachweis für eine Infektiosität liefern kann. Allerdings hat es dann in einem Zirkelschluss hinsichtlich der Gefährdungslage auf die steigende Anzahl von Neuinfektionen, Inzidenzen und stationär behandelten COVID-19-Patienten abgestellt, die sich eben aus diesen unverwertbaren PCR-Testdaten ergeben. Mit einer anderen unzutreffenden Begründung argumentierte der VGH München<sup>54</sup> mit Beschluss vom 30.3.2021 in einem Eilverfahren, der den mangelnden Nachweis einer Infektiosität durch einen PCR-Test zur Kenntnis nahm, diesen aber gleichwohl als zulässige Testmethode für einer *Infektionsgefahr* betrachtete, solange keine zuverlässige Testmethode vorhanden sei. Hierbei ließen das OVG Münster und der VGH München unberücksichtigt, dass als Nachweis der Infektiosität eine erfolgreiche Virusanzucht in Zellkultur als Testmethode zur Verfügung steht und dies durch das RKI seit dem 24.9.2020 veröffentlicht ist. Insoweit verbietet sich der in zahlreichen Eilverfahren von den Verwaltungsgerichten verwendete textbausteinartige Verweis auf ein „dynamisches Infektionsgeschehen“, welches eine außergewöhnliche Gefährdungslage begründet. Zu welchem Zeitpunkt in welchem Landkreis ein erheblicher Anstieg von Neuinfektionen zu verzeichnen war, beurteilt sich nach der Anzahl der tatsächlich infizierten Personen, da nur diese das Infektions- und Hospitalisierungsgeschehen sowie die Entwicklung der COVID-19-Todesfälle zu beeinflussen vermögen. Scharf zu kritisieren ist daher, dass die mit der Überprüfung von Coronamaßnahmen befassten Gerichte<sup>55</sup> die Sachverhaltsermittlung zur Gefährdungslage – insbesondere der dargestellten fehlerhaften Ermittlung von Neuinfektionen – schwerpunktmäßig auf die unreflektierte Übernahme der Daten und Empfehlungen des RKI reduzier-

- 40 <https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/wuhan-virus-assay-v1991527e5122341d99287a1b17c111902.pdf>; <https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/protocol-v2-1.pdf>; <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/331329/WHO-COVID-19-laboratory-2020.4-eng.pdf>.
- 41 <https://www.eurosurveillance.org/content/10.2807/1560-7917.ES.2020.25.3.2000045>.
- 42 Ausschuss-Drs. 19 (14)233 (4), S. 3 ([https://www.bundestag.de/resource/blob/802668/28dabb19265f7b240fe2bbea253c12ba/19\\_14\\_0233-4\\_ESV-Werner-Bergholz\\_Cov19-Teststrategie-1-data.pdf](https://www.bundestag.de/resource/blob/802668/28dabb19265f7b240fe2bbea253c12ba/19_14_0233-4_ESV-Werner-Bergholz_Cov19-Teststrategie-1-data.pdf)).
- 43 Ausschuss-Drs. 19 (14)337 (16), S. 13 f. ([https://www.bundestag.de/resource/blob/843532/1aca5ffd3465fef8dd7f1e5a4628b00d/19\\_14\\_0337-16\\_Prof-Dr-Werner-Bergholz\\_IfSG-data.pdf](https://www.bundestag.de/resource/blob/843532/1aca5ffd3465fef8dd7f1e5a4628b00d/19_14_0337-16_Prof-Dr-Werner-Bergholz_IfSG-data.pdf)).
- 44 <https://www.deutsche-apotheker-zeitung.de/news/artikel/2020/10/22/ct-wert-als-mass-fuer-die-infektiositaet/chapter.2>.
- 45 <https://academic.oup.com/cid/article/71/10/2663/5842165>.
- 46 <https://academic.oup.com/cid/article/72/11/e921/5912603>.
- 47 <https://academic.oup.com/cid/article/73/6/e1348/6224406>.
- 48 <https://jkm.s.org/DOIx.php?id=10.3346/jkms.2021.36.e101>.
- 49 <https://www.uni-due.de/2021-06-18-studie-aussagekraft-von-pcr-tests>; [https://www.focus.de/gesundheit/coronavirus/forschung-der-universitaet-duisburg-essen-neue-corona-studie-sind-pcr-tests-schlechte-grundlage-fuer-politische-massnahmen\\_id\\_13419285.html](https://www.focus.de/gesundheit/coronavirus/forschung-der-universitaet-duisburg-essen-neue-corona-studie-sind-pcr-tests-schlechte-grundlage-fuer-politische-massnahmen_id_13419285.html).
- 50 <https://www.sueddeutsche.de/politik/coronavirus-test-ct-wert-umfrage-gesundheitsaemter-1.5057646>.
- 51 <https://www.deutsche-apotheker-zeitung.de/news/artikel/2020/10/22/ct-wert-als-mass-fuer-die-infektiositaet/chapter.2>; <https://www.welt.de/debatte/kommentare/article230407507/Ct-Wert-Wir-muessen-die-Ergebnisse-der-PCR-Tests-genauer-auswerten.html>.
- 52 OVG Münster 25.11.2020 – 13 B 1780.20.NE, BeckRS 2020, 32667 Rn. 8.
- 53 [https://dgn.org/neuronews/journal\\_club/vorhersage-der-infektiositaet-von-sars-cov-2-bei-positiver-pcr/](https://dgn.org/neuronews/journal_club/vorhersage-der-infektiositaet-von-sars-cov-2-bei-positiver-pcr/).
- 54 VGH München 30.3.2021 – 20 NE 21.805, BeckRS 2021, 6325 Rn. 46.
- 55 So OVG Münster 19.5.2020 – 13 B 557.20.NE, BeckRS 2020, 9803 Rn. 36 f.; BayVerfGH NVwZ 2020, 624 (625) Rn. 16.

ten, weil dessen Experteneinschätzung nach § 4 I IfSG ein besonderes Gewicht zukomme. Angesichts der organisatorischen und weisungsgebundenen Stellung im Geschäftsbereich des Bundesgesundheitsministeriums befindet sich das RKI in unmittelbarer Nähe des wegen der Besorgnis der Befangenheit abzulehnenden Sachverständigen in eigener Sache. Dies steht zudem diametral zum Leitbild aus Art. 5 III 1 GG, dass die an der Wahrheitsermittlung ausgerichtete freie Wissenschaft sich in einem Bereich autonomer Verantwortung frei von staatlicher Fremdbestimmung bewegt,<sup>56</sup> was im Falle des RKI als weisungsgebundene Bundesbehörde nicht sichergestellt ist.

### c) Keine repräsentativen Kohortenstudien zur COVID-19-Infektion in der Bevölkerung

Kohortenstudien liefern einen fundamental wichtigen Beitrag zur Gewinnung verwertbarer repräsentativer Daten, etwa über den Anteil der COVID-19-Infektionen in der Bevölkerung, Infektionswege, den Anteil der insgesamt Genesenen und der Infektionssterblichkeit sowie die nähere Bestimmung von Risikogruppen. Derartige repräsentative Stichproben in der Bevölkerung wurden in den 1980er Jahren erfolgreich zur Bekämpfung des HIV-Virus eingesetzt. Die Durchführung von Kohortenstudien für die Bewertung der Risikolage durch COVID-19 und die evidenzbasierte Entwicklung von Schutzmaßnahmen wurden von Medizinern bereits seit April 2020<sup>57</sup> und auch am 28.10.2020 im Gesundheitsausschuss des Deutschen Bundestages<sup>58</sup> mit Niederschlag in der Fachpresse<sup>59</sup> immer wieder erfolglos gefordert. Derartige Kohortenstudien hätten unter Einsatz einheitlich normierter PCR-Tests mit 3 Zielgenen und einer Festlegung des CT-Werts von 25 bei positivem Testergebnis zusätzlicher Virusanzüchtungsversuche frühzeitig dringend benötigte epidemiologische Erkenntnisse geliefert.

### d) Fehlerhafte Erfassung von COVID-19-Todesfällen durch positive PCR-Tests ohne Obduktionen und mangelnde Einordnung von COVID-19 zu anderen Todesursachen

Einen wesentlichen Aspekt für die Gefährdungsbeurteilung von COVID-19 bildet die Anzahl der kausal durch die Virus-erkrankung bedingten Todesfälle im Vergleich zu verschiedenen anderen Risiken für das Leben und die Gesundheit der Bevölkerung bei vergleichbarer oder höherer Zahl von Todesfällen.<sup>60</sup> Hierbei ist festzustellen, dass ausgehend von den Jahren 2016-2020 zu den in Deutschland mit deutlichem Abstand größten Lebensrisiken Kreislauferkrankungen (circa 338000-345000 Todesfälle pro Jahr), Neubildungen (circa 235000-238000 Todesfälle pro Jahr), bösartige Neubildungen (circa 227000-231000 jährlichen Todesfälle pro Jahr) und Herzkrankheiten (ca. 100000 Todesfälle pro Jahr) zählen.<sup>61</sup> All diese Erkrankungen lasten die Normal- und Intensivstationen der Krankenhäuser maßgeblich aus, jedoch erhielten diese keine vergleichbare staatliche Aufmerksamkeit und finanzielle Mittelzuwendung wie es bei COVID-19 der Fall ist. Eine sachliche Einordnung von COVID-19 im Verhältnis zu anderen Krankheiten und Todesursachen ist ein wichtiges Kriterium für eine rationale Gefährdungsbeurteilung und den sinnvollen Einsatz der begrenzten finanziellen Mittel der Krankenkassen und personellen Ressourcen des Gesundheitssystems.

Insoweit erfordert eine Gefährdungsbeurteilung von COVID-19 eine möglichst präzise Erfassung der Zahl der kausal an Covid-19-Verstorbenen. Allerdings erfolgt durch das RKI die Aufnahme jeder Person in die Statistik als COVID-19-Todesfall, bei der ein direkter Erregernachweis – in aller Regel ein

positiver PCR-Test – auch post mortem vorliegt, wobei unerheblich ist, ob nachgewiesen werden kann, dass das Virus die maßgebliche Todesursache war oder nicht.<sup>62</sup> Das RKI begründet diese Erfassungstechnik damit, dass sich Schwierigkeiten bei der Feststellung ergeben, ob eine Person unmittelbar an den Auswirkungen der Virusinfektion (Hauptursache) oder aufgrund von Vorerkrankungen (Nebenursache) gestorben ist. Die akribische Differenzierung ist jedoch umso wichtiger, als dass – entgegen der Empfehlung des RKI – bereits 65 durchgeführte Obduktionen an als COVID-19 deklarierte Toten durch den Hamburger Rechtsmediziner Prof. Dr. Püschel im April 2020 gezeigt haben, dass nahezu alle Verstorbenen an schweren multiplen Vorerkrankungen litten.<sup>63</sup> Im Rahmen dessen konnte nebenbei die lebensrettende Erkenntnis gewonnen werden, dass bei einem schweren Verlauf der Viruserkrankung tödliche Thrombosen und Embolien eintreten können, die durch eine Therapie unter Einsatz von Blutverdünnern entgegengewirkt werden kann.<sup>64</sup> Bereits seit Pandemiebeginn hätten so viele Obduktionen wie möglich durchgeführt werden müssen. Auf Grundlage von zuvor fachwissenschaftlich einheitlich definierten Faktoren, ließe sich dann feststellen, ob eine COVID-19-Erkrankung für den Todesfall allein ursächlich, die Hauptursache, in relevantem Maße mitursächlich, eine unbedeutende Nebenursache war oder gar keinen kausalen Beitrag leistete. Eine derart systematisierte Erfassung und Dokumentation nach definierten Verursachungsgraden liefert verwertbare Daten für die Gefährdungsbeurteilung von COVID-19.

Weiterhin ist zu berücksichtigen, dass das RKI von Pandemiebeginn an – ungeachtet der isolierten Unbrauchbarkeit der PCR-Tests – für die Ermittlung der Mortalität von COVID-19 auf die Fallsterblichkeit anstatt auf die Infektionssterblichkeit abgestellt hat. Dies hat zu einer Überbewertung der Mortalitätsrate in unbekanntem Ausmaß geführt. Denn die Fallsterblichkeit setzt lediglich die Zahl der Verstorbenen zu den positiven PCR-Tests ins Verhältnis, während sich die Infektionssterblichkeit auf alle COVID-19-Infizierten bezieht. Da die Gesamtzahl der Infizierten unbekannt ist, ist die Einbeziehung einer geschätzten Dunkelziffer erforderlich, um sich einer realistischen Mortalitätsrate zu nähern. Die vom RKI publizierte tägliche Fallsterblichkeit lag selbst zum Zeitpunkt der Hochphasen der täglichen Todesfälle bei 2,65 % am 8.4.2021, bei 2,22 % am 14.1.2021 und bei 1,65 % am 8.12.2021.<sup>65</sup> Dagegen zeigte die am 14.10.2020 veröffentlichte Metastudie des weltweit renommierten Mediziners, Epidemiologen und Statistikers Prof. John Ioannidis unter Auswertung von 61 Einzelstudien jeweils eine Infektionssterblichkeit im Mittel von 0,23 %<sup>66</sup> und nach einer Folgestudie vom 26.3.2021 von 0,15 %.<sup>67</sup> Auch die von dem Virologen Prof. Dr. Streck geleitete Heinsberg-Studie vom

56 BVerfGE 90, 1 = NJW 1994, 1781 = NVwZ 1994, 892 Ls.

57 <https://schrapppe.com/ms2/>.

58 [https://www.bundestag.de/resource/blob/801784/787fe252606b0cff7d8c75b007269bfc/19\\_14\\_0233-6\\_-\\_ESV-Matthias-Schrapppe\\_Cov19-Teststrategie-data.pdf](https://www.bundestag.de/resource/blob/801784/787fe252606b0cff7d8c75b007269bfc/19_14_0233-6_-_ESV-Matthias-Schrapppe_Cov19-Teststrategie-data.pdf).

59 <https://www.deutsche-apotheker-zeitung.de/news/artikel/2020/11/24/kritiker-draengen-auf-eine-aenderung-der-strategie/>.

60 Murswiek NVwZ – Extra 5/2021, 10.

61 <https://www.destatis.de>.

62 <https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/NCOV2019/gesamt.html>.

63 <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/112189/Obduktionsberichte-Verstorbene-COVID-19-Patienten-hatten-alle-Vorerkrankungen>.

64 [https://www.uke.de/allgemein/presse/pressemitteilungen/detailseite\\_94336.html](https://www.uke.de/allgemein/presse/pressemitteilungen/detailseite_94336.html); <https://www.aerzteblatt.de/archiv/214070/Umgang-mit-Corona-Toten-Obduktionen-sind-keinesfalls-obsolete>.

65 [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Daten/Fallzahlen\\_Gesamtuebersicht.html](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Daten/Fallzahlen_Gesamtuebersicht.html).

66 [https://www.who.int/bulletin/online\\_first/BLT.20.265892.pdf](https://www.who.int/bulletin/online_first/BLT.20.265892.pdf).

67 <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/eci.13554>.

4.5.2020 ermittelte im Zielgebiet lediglich eine Infektionssterblichkeit von 0,37%.<sup>68</sup> Hierbei wird nicht verkannt, dass – wie bereits Anfang 2020 aus den Erfahrungen aus Norditalien erkennbar war – die Mortalitätsraten im Alter ab etwa 70 Jahren und besonders ab 80 Jahren mit einschlägigen Vorerkrankungen deutlich ansteigen. Hierzu passt, dass nach der Fallsterblichkeitszählung des RKI bis heute circa 84 % der COVID-19-Todesfälle aus der Altersgruppe über 70 Jahre stammen.<sup>69</sup> Im Rahmen der Bestimmung des legitimen Zwecks, der Erforderlichkeit und Angemessenheit von Schutzmaßnahmen ist somit zusätzlich nach Alter und Infektionssterblichkeit zu differenzieren und eine Einordnung zu anderen jährlichen Todesursachen vorzunehmen. Auch ist prozessual zu berücksichtigen, dass Staatsorgane, die in die Grundrechte der Bürgerinnen und Bürger durch Maßnahmen eingreifen, tatsächlich den Nachweis führen müssen, welche Anzahl von Menschen tatsächlich ursächlich an COVID-19 sterben,<sup>70</sup> was bis heute mangels ausreichender Zahl an Obduktionen unbekannt ist. Ein weiterer wichtiger Aspekt für die Bewertung der Gefährdungslage zeigt sich daran, dass nach einer im Oktober 2021 veröffentlichten Untersuchung des Universitätsklinikums Essen unter Berücksichtigung der demografischen Entwicklung von 2016-2020 im Coronajahr 2020 keine Übersterblichkeit in Deutschland festzustellen war,<sup>71</sup> obwohl die Impfung der Risikogruppen erst im Dezember 2020 einsetzte.

### e) Hohe Übererfassung von COVID-19-Hospitalisierungen

Zur hohen Übererfassung von COVID-19-Fällen auf den Intensivstationen trägt die auf der DIVI-Webseite veröffentlichte Zählweise des DIVI-Intensivregisters bei. Bei dieser Zählweise zählt jede Person mit einem positiven PCR-Test als COVID-19-Patient, unabhängig davon, ob sie an COVID-19 erkrankt ist oder ob sie wegen eines anderen Leidens auf der Intensivstation untergebracht ist.<sup>72</sup> Das für den Betrieb, die methodische Entwicklung, Analysen und Reporting des Intensivregisters zuständige RKI hat an dieser Übererfassung nichts geändert, obwohl es für die Bewertung der Gefahrenlage auf den Stand und die Entwicklung der Intensivbettenauslastung durch COVID-19-Patienten mit Hauptdiagnose ankommt. Ferner ist der Öffentlichkeit spätestens seit September 2021 durch eine Recherche bei den 10 größten Klinikbetreibern und Unikliniken bekannt, dass diese unabhängig von der Hauptdiagnose für die Einlieferung jede hospitalisierte Person mit positivem PCR-Test als Coronapatienten melden und dies in die 7-Tages-Hospitalisierungsinzidenz einfließen.<sup>73</sup> So lag der Anteil der gemeldeten Patienten mit COVID-19 als Hauptgrund der Hospitalisierung in Rheinland-Pfalz zeitweise bei lediglich 53 % und in Berlin bei 47%.<sup>74</sup> Dass das RKI, der Gesetzgeber und die Exekutive mit einer hohen Übererfassung bereits seit 2020 rechnen mussten, liegt bei dieser Erfassungstechnik auf der Hand. Hintergrund ist eine noch heute bestehende irreführende Vorgabe des RKI.<sup>75</sup> Nach dieser soll es zugunsten möglichst geringer Hürden und Aufwendungen für eine COVID-19-Meldung ausreichend sein, dass nur „ein Zusammenhang“ mit einer COVID-19-Erkrankung – nicht zwingend ein Kausalzusammenhang – zum Zeitpunkt der Meldung besteht. Nur solche COVID-Fälle, bei denen bereits bei Krankenhausaufnahme feststeht, dass die Aufnahme nicht wegen COVID-19 erfolgt, sollen herausfallen. Hinzu kommt, dass dem Bundesgesundheitsministerium durch eine von ihr beauftragte veröffentlichte Analyse zum Leistungsgeschehen der Krankenhäuser vom 17.8.2020 (Vorabfassung)<sup>76</sup> und vom 30.4.2021 (Endfassung)<sup>77</sup> bereits bekannt war, dass das DIVI-Intensivregister im Jahr

2020 deutlich mehr COVID-Patienten erfasste, als durch die Krankenkassen abgerechnet wurden, weil Mehrfachzählungen von COVID-Patienten durch stationäre Umverlegungen erfolgten. Auf diese Mehrfachzählweise wird noch im Tagesbericht des DIVI-Intensivregisters vom 7.8.2021<sup>78</sup> hingewiesen. Die vom RKI in den Lageberichten benannten COVID-19-Patientenzahlen und die als Maßnahmengrundlage herangezogene Hospitalisierungsinzidenz aus den so gewonnenen Daten des DIVI-Intensivregisters und der Krankenhausmeldungen sind zur Beurteilung eines Hospitalisierungsgeschehens schlicht unverwertbar. Diese Erkenntnis ist nicht neu, sondern konnte unschwer durch Einsichtnahme in die veröffentlichte Erfassungsmethodik des RKI und des DIVI-Intensivregisters sowie veröffentlichter Analysen entnommen werden.

### f) Keine systemische Überlastung der Krankenhäuser trotz staatlicher Fehlanreize zur Reduzierung betreibbarer Intensivbetten

Die Anzahl betreibbarer Intensivbetten – und damit zugleich ein wichtiger Aspekt der staatlichen Gefährdungsbeurteilung für Leben und Gesundheit der Bevölkerung – kann unmittelbar durch staatliche Maßnahmen beeinflusst werden. Im Zuge des dritten Bevölkerungsschutzgesetzes förderte der Gesetzgeber nicht mehr die Vorhaltung von freien Intensivbetten, sondern gewährte vom 18.11.2020 bis zum 31.3.2022 nach § 21 I a KHG eine Ausgleichszahlung für Krankenhäuser, soweit die regionale Auslastung der Intensivbetten einen Grenzwert von 75 % überschritt und eine 7-Tagesinzidenz von über 70 je 100000 Einwohner in einem Landkreis oder kreisfreien Stadt bestand. Es bedurfte keiner prophetischen Gabe des Gesetzgebers um zu erkennen, dass dies ohne Kontrollmechanismen einen erheblichen finanziellen Anreiz für Krankenhäuser schaffen würde, die Intensivbettenkapazitäten manipulativ zu reduzieren. Denn hierbei geht es laut Angaben des Bundesrechnungshofs um Ausgleichszahlungen seit dem 18.11.2020 bis zum Berichtszeitpunkt von 4,9 Mrd. Euro und für das Jahr 2021 um bewilligte Ausgleichszahlungen von 5 Mrd. Euro.<sup>79</sup> So überrascht es nicht, dass nach Einschätzung des Bundesrechnungshofes zahlreiche Krankenhäuser die Anzahl der freien betreibbaren Intensivbetten künstlich unter den Schwellwert von 75 %

68 <https://www.uni-bonn.de/de/neues/111-2020>.

69 [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Daten/Klinische\\_Aspekte.html](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Daten/Klinische_Aspekte.html).

70 VerfGH Saarland NVwZ-RR 2020, 514 Rn. 43.

71 <https://www.uni-due.de/2021-10-21-keine-uebersterblichkeit-durch-corona>; <https://www.mdr.de/wissen/in-deutschland-keine-uebersterblichkeit-durch-covid-100.html>; <https://www.berliner-zeitung.de/news/uni-duisburg-essen-im-corona-jahr-2020-sind-weniger-menschen-gestorben-li.190683>.

72 <https://www.intensivregister.de/#/faq>.

73 <https://www.welt.de/politik/deutschland/article233872092/Hospitalisierungsrate-Corona-Indikator-beruht-auf-falschen-Zahlen.html>; <https://www.welt.de/politik/deutschland/plus235870762/Hospitalisierungsinzidenz-Wird-schon-stimmen-irgendwie.html>.

74 <https://www.rnd.de/politik/corona-hospitalisierungsinzidenz-erlaubt-kaum-belastbare-aussagen-4H5ODUUTJ5CSLH7UXQ23YFUUHU.html>.

75 <https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/NCOV2019/gesamt.html> (Stand: 31.1.2022).

76 Vorabbericht des RWI und TU Berlin v. 17.8.2020, S. 24, Fn. 14 (abrufbar unter: [https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3\\_Downloads/K/Analysen\\_zum\\_Leistungsgeschehen\\_zur\\_Erloessituation\\_von\\_Krankenhaeusern\\_und\\_zu\\_betroffenen\\_Patienten\\_und\\_ihrer\\_Versorgung\\_in\\_der\\_Corona-Krise.pdf](https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/K/Analysen_zum_Leistungsgeschehen_zur_Erloessituation_von_Krankenhaeusern_und_zu_betroffenen_Patienten_und_ihrer_Versorgung_in_der_Corona-Krise.pdf)).

77 Bericht des RWI und der TU Berlin v. 30.4.2021, S. 12 (abrufbar unter: [https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3\\_Downloads/C/Coronavirus/Analyse\\_Leistungen\\_Ausgleichszahlungen\\_2020\\_Corona-Krise.pdf](https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/C/Coronavirus/Analyse_Leistungen_Ausgleichszahlungen_2020_Corona-Krise.pdf)).

78 [https://www.divi.de/joomlatools-files/docman-files/divi-intensivregister-tagesreports/DIVI-Intensivregister\\_Tagesreport\\_2021\\_08\\_07.pdf](https://www.divi.de/joomlatools-files/docman-files/divi-intensivregister-tagesreports/DIVI-Intensivregister_Tagesreport_2021_08_07.pdf).

79 Bericht des Bundesrechnungshofs v. 9.6.2021, S. 26.

reduzierten, um Ausgleichszahlungen zu erhalten.<sup>80</sup> Zum selben Ergebnis kommt ein Einzelsachverständiger in seiner Stellungnahme vom 5.7.2021 für den Gesundheitsausschuss des Deutschen Bundestags, dessen fortlaufende Auswertung der DIVI-Daten seit März 2020 zeigt, dass eine entsprechende Absenkung der betreibbaren Intensivbetten mit Eintritt der gesetzlichen Neuregelung in circa 100 Landkreisen erfolgte.<sup>81</sup> Im Hinblick auf die Belastung des Gesundheitssystems ergab eine im Auftrag des Bundesgesundheitsministeriums am 30.4.2021 erstellte Analyse, dass alle Krankenhausbetten im Jahre 2020 im Durchschnitt zu 1,3 % und ab Mitte Dezember 2020 bei einer maximalen tagesbezogenen Belegungsquote von knapp 5 % durch COVID-19 Patienten belegt waren, die durchschnittliche Auslastung der Intensivbetten durch COVID-19-Patienten lag bei 3,6 %.<sup>82</sup> Die Auslastung der Intensivbetten sank von 69,9 % im Jahr 2019 auf 68,9 % im Jahr 2020.<sup>83</sup> Auch eine Betrachtung der Daten des DIVI-Intensivregisters<sup>84</sup> ergibt trotz der vorbenannten erheblichen Übererfassung und deutlichen Reduzierung der Intensivbettenkapazitäten nur einen durchschnittlichen Belegungsanteil durch COVID-19-Patienten von der Gesamtzahl der betreibbaren Intensivbetten für Erwachsene (ohne Notfallreserve) für das Jahr 2021 von 11,8 % und für das Jahr 2022 von 13,5 % (Stand: 6.3.2022). Dazu passend fügt sich ein, dass von den im Februar 2020 staatlich beschafften 14200 Beatmungsgeräten von den Bundesländern bis Mitte Februar 2021 – also trotz der 1. und 2. Welle – nur etwa 4500 Geräte abgerufen wurden.<sup>85</sup> Das Risiko einer systemischen Überlastung des deutschen Gesundheitssystems durch COVID-19 Patienten bestand somit zu keinem Zeitpunkt.

### g) Fehlende Festlegung objektivierbarer Kennziffern für die Bestimmung und fortlaufende Evaluierung einer epidemischen Lage nationaler Tragweite

Von maßgebender Bedeutung für eine sachgerechte Gefährdungsbeurteilung, die die Grundlage für flächendeckende schwerwiegende Eingriffe in die Grundrechte von Mio. Menschen bieten soll – wie sie nach § 28 a bis 28 c IfSG ermöglicht werden – ist, dass der Gesetzgeber objektivierbare messbare Kennziffern für die Festlegung und fortlaufende Evaluierung einer epidemischen Lage nationaler Tragweite festlegt. Dies ist bis heute nicht der Fall. Die heutige Regelung des §§ 5 I, 2 Nr. 3 a IfSG leidet an großer Unschärfe, da hierfür unter anderem an die Einschleppung oder dynamische Ausbreitung einer bedrohlichen übertragbaren Krankheit angeknüpft wird. Gemäß § 2 Nr. 3 a IfSG handelt es sich bei einer bedrohlichen übertragbaren Krankheit um eine übertragbare Krankheit, die auf Grund klinisch schwerer Verlaufsformen oder ihrer Ausbreitungsweise eine schwerwiegende Gefahr für die Allgemeinheit verursachen kann. Entscheidender Faktor bildet hierbei das Merkmal der schwerwiegenden Gefahr für die Allgemeinheit, so dass es in großer Zahl und nicht nur in vergleichsweise seltenen Fällen zu schweren Krankheitsverläufen in der Bevölkerung kommt.<sup>86</sup> Als objektiv messbare Kennwerte für eine medizinische Notlage nationaler Tragweite können die Infektionssterblichkeit, der Anteil und die Aufenthaltsdauer von COVID-19-Patienten auf den Intensivstationen bei fachgerechter Behandlung unter Berücksichtigung der maximal betreibbaren Intensivbetten herangezogen werden. Zur fortlaufenden Evaluierung der epidemischen Lage nationaler Tragweite kann in der Rückschau zusätzlich die Überprüfung erfolgen, ob eine Übersterblichkeit unter Berücksichtigung der demografischen Entwicklung vorliegt. Kein einziger der vorbenannten Kennwerte bildete im Jahr 2020 und 2021 eine solche außergewöhnliche medizinische Gefahren-

lage durch COVID-19 für die Allgemeinheit mit wissenschaftlicher Evidenz ab.

### 3. Staatliche Versäumnisse zur Vornahme von Primärschutzmaßnahmen

Das staatliche Versäumnis von frühzeitigen Primärschutzmaßnahmen, die wesentlich mildere und wirksamere Mittel darstellen, lassen sich nicht mit Unkenntnis oder Unsicherheiten des Gesetzgebers begründen. So hat sich der Deutsche Bundestag bereits am 3.1.2013 unter Einbeziehung des RKI eingehend mit einem Pandemieszenario durch ein SARS-Coronavirus mit 7,5 Mio. Todesfällen befasst und erforderliche Schutzmaßnahmen erörtert.<sup>87</sup> Erstaunlich ist, dass selbst bei diesem Schadensausmaß kein landesweiter Lockdown mit Schließungen von Betrieben, Schulen, Gaststätten oder des Einzelhandels, sondern gezielte Primärschutzmaßnahmen, wie etwa Beschaffung und Bevorratung von Schutzmasken und Schutzkleidung für das Gesundheits- und Pflegepersonal für sinnvoll und notwendig erachtet wurden.<sup>88</sup> Anstatt mit massiven unspezifischen freiheitseinschränkenden Grundrechtseingriffen den Schutz von Leben und Gesundheit der durch COVID-19 vulnerablen Altersgruppen erreichen zu wollen, haben Gesetzgeber und Executive seit dem Jahr 2020 auf der Hand liegende wesentlich effizienter wirkende und mildere Schutzmaßnahmen entweder überhaupt nicht oder verspätet ergriffen.

#### a) Keine Förderung von verbesserten Behandlungsmethoden und Medikamenten

Die Deutsche Gesellschaft für Pneumologie – veröffentlicht auf der Webseite der RKI – empfahl am 23.11.2005 bei der Behandlung respiratorischer Komplikationen im Rahmen einer Viruspandemie Masken für nichtinvasive Beatmungen einzusetzen.<sup>89</sup> Im März 2020 wies ein Lungenfacharzt des Krankenhauses Bethanien in Moers unter Beachtung regionaler und überregionaler Presse darauf hin, dass eine verfrühte Intubation zu einer deutlich erhöhten Mortalität von COVID-19-Patienten führte.<sup>90</sup> Er wendete die invasive Beatmung erheblich restriktiver an, reduzierte so die Liegezeiten auf der Intensivstation und erzielte höhere Überlebensquoten als bei invasiver Beatmung.<sup>91</sup> Eine erhöhte Überlebenschance bei dieser Vorgehensweise bestätigte später auch eine am 27.10.2020 veröffentlichte Studie aus 15 Krankenhäusern in Hamburg.<sup>92</sup> Die Meldung aus Moers hätte Anlass für eine

80 Bericht des Bundesrechnungshofs v. 9.6.2021, S. 29, 33 f.

81 Stellungnahme des Einzelsachverständigen Lausen v. 5.7.2021 im Gesundheitsausschuss des Deutschen Bundestags, S. 16; <https://intensivstationen.net/>.

82 Bericht des RWI und TU Berlin v. 30.4.2021, S. 12 f.

83 Bericht des Bundesrechnungshofs v. 9.6.2021, S. 26 f.

84 <https://www.intensivregister.de/#/aktuelle-lage/zeitreihen>.

85 Bericht des Bundesrechnungshofs v. 9.6.2021, S. 37.

86 Kießling, Infektionsschutzgesetz, 2. Aufl. 2021, § 2 Rn. 13.

87 BT-Drs. 17/12051, 5, 55 ff.

88 BT-Drs. 17/12051, 59, 65, 73.

89 [https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/Krankenhaushygiene/Erreger\\_ausgewaehlt/Influenza/Influ\\_Viruspandemie.html](https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/Krankenhaushygiene/Erreger_ausgewaehlt/Influenza/Influ_Viruspandemie.html); [https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/Krankenhaushygiene/Erreger\\_ausgewaehlt/Influenza/Influ\\_Viruspandemie.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/Krankenhaushygiene/Erreger_ausgewaehlt/Influenza/Influ_Viruspandemie.pdf?__blob=publicationFile).

90 [https://m.focus.de/gesundheit/news/bis-zu-50-prozent-sterben-daran-lungenarzt-fruehe-kuenstliche-beatmung-ist-groesster-fehler-im-kampf-gegen-corona\\_id\\_12787476.html](https://m.focus.de/gesundheit/news/bis-zu-50-prozent-sterben-daran-lungenarzt-fruehe-kuenstliche-beatmung-ist-groesster-fehler-im-kampf-gegen-corona_id_12787476.html).

91 <https://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/gesundheits/coronavirus/beatmung-beim-coronavirus-lungenfacharzt-im-gespraech-16714565.html>; [https://rp-online.de/nrw/staedte/moers/corona-moers-modell-soll-schule-machen\\_aid-49662005](https://rp-online.de/nrw/staedte/moers/corona-moers-modell-soll-schule-machen_aid-49662005); [https://m.focus.de/gesundheit/news/bis-zu-50-prozent-sterben-daran-lungenarzt-fruehe-kuenstliche-beatmung-ist-groesster-fehler-im-kampf-gegen-corona\\_id\\_12787476.html](https://m.focus.de/gesundheit/news/bis-zu-50-prozent-sterben-daran-lungenarzt-fruehe-kuenstliche-beatmung-ist-groesster-fehler-im-kampf-gegen-corona_id_12787476.html); [https://rp-online.de/nrw/staedte/moers/corona-moers-bethanien-krankenhaus-verzeichnet-deutlich-weniger-todesfaelle\\_aid-55955803](https://rp-online.de/nrw/staedte/moers/corona-moers-bethanien-krankenhaus-verzeichnet-deutlich-weniger-todesfaelle_aid-55955803).

92 <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/33250401/>.

unverzügliche Überprüfung und Überarbeitung der bis dato geltenden Behandlungsleitlinien von COVID-19-Patienten sein müssen, die bei Unterschreitung eines starren Grenzwerts für die Sauerstoffsättigung des Blutes schematisch vorsehen, den Patienten zu intubieren. Erst am 28.8.2020 – rund 6 Monate später – wurde der damalige Bundesgesundheitsminister Jens Spahn auf das Moerser Modell aufmerksam und stattete dem Krankenhaus Bethanien einen medienwirksamen Besuch ab, ohne jedoch daraus Lehren zu ziehen, geschweige denn eine rasche Anpassung der Behandlungsleitlinien zu initiieren.<sup>93</sup> All dies ereignete sich vor der sogenannten zweiten Welle zum Jahreswechsel 2020/2021. Es steht zu befürchten, dass dieses Versäumnis eine hohe Zahl von Menschenleben gekostet hat. Ferner wurden soweit ersichtlich seit dem Jahre 2020 keinerlei relevanten personellen oder finanziellen Mittel in die Entwicklung oder Auswahl möglicher Medikamente zur Abwendung schwerer Krankheitsverläufe investiert, obwohl zu Pandemiebeginn nicht absehbar war, ob und wann sichere sowie langfristig wirksame COVID-19-Impfstoffe zur Verfügung stehen würden. Demgegenüber lagen seit Januar 2021 wissenschaftliche Publikationen<sup>94</sup> und bis heute über 85 Studien aus 27 Ländern (Stand: 16.6.2022) zur alternativen Behandlung von COVID-19 mit dem Medikament Ivermectin vor.<sup>95</sup> Zudem zeigten klinischen Studien aus November 2021 eine deutliche Senkung des Risikos schwerer Krankheitsverläufe durch das von Biontech/Pfizer entwickelte Medikament Paxlovid,<sup>96</sup> für das seit dem 28.1.2022 eine bedingte Zulassung in der Europäischen Union besteht.<sup>97</sup>

### b) Kein frühzeitiger effektiver Infektionsschutz für Krankenhäuser, Alten- und Pflegeheime

Der bereits Anfang des Jahres 2020 erkennbar hohe Anteil schwerer Krankheitsverläufe und Todesfällen bei infizierten Menschen mit multiplen Vorerkrankungen in der Altersgruppe von über 60 Jahren und – noch deutlich gravierender – über 70 Jahren in Norditalien zeigte die Notwendigkeit, unverzüglich risikogruppenspezifische Schutzmaßnahmen für die besonders gefährdeten Zielgruppen in Krankenhäusern, Alten- und Pflegeheimen zu ergreifen. Hierfür wäre es ausreichend gewesen, die Schutzmaßnahmen auf die Vermeidung von Risikokontakten zu fokussieren. Diese am 12.3.2020 in der Ministerpräsidentenkonferenz noch präsente Zielrichtung wurde in der Folgezeit zugunsten einer pauschalen Strategie der Infektionsvermeidung durch Reduzierung menschlicher Kontakte aller Altersgruppen aufgegeben. Demgegenüber fehlte es lange Zeit an ausreichender geeigneter Schutzausrüstung, wie einem Mund-Nasen-Schutz für das Pflegepersonal in Krankenhäusern und Alten- sowie Pflegeheimen. Ferner wurde erst am 13.12.2020 in der Ministerkonferenzrunde eine allgemeine COVID-19-Testpflicht in Alters- und Pflegeheimen beschlossen,<sup>98</sup> die in einigen Bundesländern mehr als 4 Wochen später umgesetzt wurden. Resultat dieser verschleppten risikospezifischen Schutzmaßnahmen war, dass zum Jahreswechsel 2020/2021 je nach Bundesland zwischen 40 % bis fast 89 % der COVID-19 Todesfälle auf Alten- und Pflegeheimen entfielen.<sup>99</sup> Leben und Gesundheit dieser Hochrisikogruppe hätten wesentlich effektiver und freiheitschonender durch eine Fokussierung der Testkapazitäten auf Krankenhäuser, Alten- und Pflegeheime, den gestuften zweimaligen Einsatz des PCR-Tests unter Begrenzung des CT-Werts auf 25 unter Anwendung von 3 Zielgenen, Absonderung der PCR-positiven Personen und Rückkehr im Falle eines erfolglosen Virusanzuchtversuchs im Labor sowie Anwendung des Moerser Behandlungsmodells geschützt werden können.

### c) Erhöhung der personellen Intensivbettenkapazitäten und verspätete Ausstattung

Als selbstständiges Ziel und legitimen Zweck der Maßnahmenbündel für den ersten Lockdown im März 2020 und den zweiten Lockdown im November/Dezember 2020 definierte die Executive die Vermeidung einer drohenden systemischen Überlastung des Gesundheitssystems, die sich während der gesamten Pandemie nie einstellte. Eine saisonale regionale Überlastung in Folge des seit vielen Jahren bekannten Pflege-notstandes auf Intensivstationen ist ausweislich von Presseartikeln aus den Jahren 2009-2019 lange bekannt und wurde – wie auch die Überlastungen während der starken Influenzawelle im Jahr 2017/2018 zeigen – von der Legislative und Executive offensichtlich akzeptiert.<sup>100</sup> Dies mag auch damit zusammenhängen, dass ein wirtschaftlicher Betrieb von Intensivbetten eine regelmäßige Kapazitätsauslastung von über 80 % voraussetzt. Es handelte sich somit um keine außergewöhnliche Bedrohungslage des Gesundheitssystems, sondern um einen aus wirtschaftlichen Gründen staatlich akzeptierter temporärer Betrieb der Intensivstationen im Grenzbereich, der längst hätte beseitigt sein können. Angesichts der im Jahre 2013 im Bundestag erörterte Bedrohungslage durch eine Coronaviruspandemie, der starken Influenzawelle in 2017/2018 und der Situation zu Jahresbeginn 2020 wäre vor der Anordnung eines Lockdowns zwingend zunächst staatliches Eigenhandeln erforderlich gewesen, insbesondere durch eine massive Schulungs- und Ausbildungsinitiative von Pflegekräften und medizinischem Personal für den Einsatz auf Intensivstationen, eine deutliche Verbesserung der Arbeitsbedingungen und Vergütung. Eine kurzfristige Erhöhung der Kapazitäten zur Vermeidung von Überlastungen wird erzielt, wenn die Krankenhäuser bei Belastungsspitzen – wie im Zeitraum vom 16.3.2020 bis zum 12.7.2020 – für jedes gegenüber 2019 zusätzliche freie Intensivbett eine gesetzliche Freihaltelösung erhalten und der Pflegegeschüssel je Intensivbett – wie in der 1. Welle praktiziert –<sup>101</sup> vorübergehend erhöht würde. Stattdessen ist festzustellen, dass die Anzahl betreibbarer Intensivbetten für Erwachsene (belegte und freie Betten ohne Notfallreserve) am 14.5.2020 von 31048 Intensivbetten bis zum 14.5.2021 auf 23442 gesunken sind und

93 <https://www.land.nrw/media/galerie/ministerpraesident-armin-laschet-und-bundesgesundheitsminister-jens-spahn-besuchen-das-umland/moers-armin-laschet-und-jens-spahn-besuchen-das-bethanien-id230100468.html>;

94 [https://www.researchgate.net/publication/348297284\\_Ivermectin\\_reduces\\_the\\_risk\\_of\\_death\\_from\\_COVID-19\\_a\\_rapid\\_review\\_and\\_meta-analysis\\_in\\_support\\_of\\_the\\_recommendation\\_of\\_the\\_Front\\_Line\\_COVID-19\\_Critical\\_Care\\_Alliance\\_Latest\\_version\\_v12\\_-\\_6\\_Jan\\_2021](https://www.researchgate.net/publication/348297284_Ivermectin_reduces_the_risk_of_death_from_COVID-19_a_rapid_review_and_meta-analysis_in_support_of_the_recommendation_of_the_Front_Line_COVID-19_Critical_Care_Alliance_Latest_version_v12_-_6_Jan_2021);

95 <https://c19ivermectin.com/>.

96 <https://www.pharmazeutische-zeitung.de/paxlovid-wirkt-sehr-gut-auch-gegen-omikron-130282/>.

97 ABIEU v. 28.1.2022 – C 43 I/01.

98 <https://www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/telefonkonferenz-der-bundeskanzlerin-mit-den-regierungschefinnen-und-regierungschefs-der-laender-am-13-dezember-2020-1827392>.

99 Heberlein GuP 2021, 41 (45); <https://www.kn-online.de/Nachrichten/Schleswig-Holstein/Fast-89-Prozent-der-Corona-Toten-in-Schleswig-Holstein-kommen-aus-Altenheimen>;

100 <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/71591/Notaufnahmen-und-Rettungsdienste-sind-stark-ueberlastet>;

101 [https://www.focus.de/gesundheit/coronavirus/v.-31-000-auf-24-000-warum-in-elf-monaten-7000-deutsche-intensivbetten-verschwunden-sind\\_id\\_13167403.html](https://www.focus.de/gesundheit/coronavirus/v.-31-000-auf-24-000-warum-in-elf-monaten-7000-deutsche-intensivbetten-verschwunden-sind_id_13167403.html).

sich am 3.3.2022 auf einem Stand von 22031 Intensivbetten befand,<sup>102</sup> obwohl der Bundesrechnungshof Anfang Juni 2021 eine Erhöhung der Kapazitäten auf 37700 betreibbare Intensivbetten empfohlen hatte.<sup>103</sup> Demgegenüber haben sich die Intensivbettenkapazitäten im Pandemieverlauf von Mai 2020 zu Mai 2021 um mehr als 7000 Intensivbetten und von Mai 2020 bis März 2022 um mehr als 9000 betreibbare Intensivbetten reduziert. Nennenswerte staatliche Anstrengungen zur nachhaltigen Erhöhung der Intensivbettenkapazitäten, vor allem durch die Anwerbung und Ausbildung von Pflegepersonal wurden nicht ergriffen. Stattdessen steht zu erwarten, dass die zum 15.3.2022 eingeführte gesetzliche einrichtungs- und unternehmensbezogene Impfpflicht zum Berufswechsel von empfindlichen Teilen vor allem des Pflegepersonals führt und die intensivmedizinische Versorgungslage weiter verschärft.<sup>104</sup>

### III. Leitplanken der Verhältnismäßigkeitsprüfung von Coronamaßnahmen

#### 1. Verfassungsrechtliche Leitplanken für gesetzgeberische Bewertungsspielräume vor dem Jahr 2020

Das BVerfG hat vor dem Jahr 2020, insbesondere in einem Urteil vom 24.10.2002<sup>105</sup> maßgebliche Leitplanken für die verfassungsrechtliche Überprüfung von Gesetzen benannt, die auf gesetzgeberischen Tatsachenfeststellungen für prognostische Einschätzungen beruhen. Ausgangspunkt ist zunächst, dass dem Gesetzgeber innerhalb gewisser Grenzen ein in der Abschätzung komplexer künftiger Entwicklungen innenwohnendes Risiko bei der Einschätzung eingehen darf und ihm damit zwar die Möglichkeit von Fehlprognosen zugestehen ist, diese Unsicherheiten aber andererseits keinen völlig kontrollfreien gesetzgeberischen Entscheidungsspielraum schafft.<sup>106</sup> Der im Einzelfall zu bestimmende gesetzgeberische und durch die Rechtsprechung kontrollfähige Prognosespielraum wird im Wege einer Gesamtbetrachtung des Grundrechtseingriffs, der zu schützenden Rechtsgüter und vorhandenen Erkenntnisse ermittelt. Die verfassungsrechtliche Kontrolltiefe kann von einer bloßen Evidenzkontrolle über eine Vertretbarkeitskontrolle bis zu einer intensivierten inhaltlichen Kontrolle reichen. Der gesetzgeberische Einschätzungs- und Prognosespielraum der drohenden Gefahrenlage bestimmt sich vor allem durch folgende Kriterien:

- ob und inwieweit dem Gesetzgeber gesicherte Erkenntnisse vorliegen nach der Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs der Bedeutung der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter und den Möglichkeiten des Gesetzgebers, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden.<sup>107</sup>

Der Gesetzgeber hat hierbei folgende Mindestanforderungen für ein „gutes Gesetz“ bei der Ermittlung des Sachverhalts, auf den er sich bei der Einschätzungs- und Prognose der Gefahrenlage und Wirksamkeit der Schutzmaßnahmen stützt, zu erfüllen:

- Sachverhaltsannahmen müssen sorgfältig ermittelt sein oder sich zumindest im Rahmen der gerichtlichen Prüfung bestätigen lassen sobald gesicherte empirische Daten und verlässliche Erfahrungssätze vorliegen, reduziert sich der Prognosespielraum des Gesetzgebers auf Null die tragenden Gesichtspunkte müssen mit hinreichender Deutlichkeit offengelegt werden, um sachfremde Erwägungen ausschließen zu können<sup>108</sup> und es müssen alle zugänglichen Erkenntnisquellen ausgeschöpft werden, um die voraussichtlichen Auswirkungen seiner Regelung so zuverlässig wie möglich abschätzen zu können.<sup>109</sup>

Hat der Gesetzgeber einen Sachverhalt ermittelt, der den vorstehenden Anforderungen genügt, ist auch die Verlässlichkeit der gesetzgeberischen Prognose verfassungsrechtlich darauf zu kontrollieren, ob ihr ein angemessenes methodisches Prognoseverfahren zugrunde liegt und dieses konsequent umgesetzt wurde.<sup>110</sup> Äußere oder vom Gesetzgeber zu vertretende Umstände wie Zeitnot oder unzureichende Beratung erweitern den Prognosespielraum nicht.

#### 2. Durchbrechung dieser Leitplanken durch die Entscheidungen des BVerfG vom 19.11.2021 („Bundesnotbremse I und II“) sowie vom 10.2.2022 und 27.4.2022 („COVID-19-Impfpflicht I und II“)

Das BVerfG hat die Verhältnismäßigkeitsprüfung im Hinblick auf die zu beurteilende Gefahrenlage und der sich aus Art. 2 II 1 GG ableitenden Schutzpflichten für Leben und Gesundheit der Bevölkerung sowie Eignung, Erforderlichkeit und Angemessenheit der Grundrechtseingriffe auf eine bloße Vertretbarkeitskontrolle reduziert.<sup>111</sup> Maßgebend für den gewährten weiten Einschätzungs- und Prognosespielraum des Gesetzgebers und die deutlich reduzierte verfassungsrechtliche Kontrolltiefe war die Annahme, dass eine unklare wissenschaftliche Erkenntnislage und beschränkte Möglichkeiten der Sachverhaltsermittlung bestanden hätten. Die Aufbereitung des Sachverhalts des BVerfG zur Bundesnotbremse leidet daran, dass nach § 27 a BVerfGG keine einzige Stellungnahme eines Wissenschaftlers eingeholt worden ist, der die staatlichen Maßnahmen kritisch begleitete. Ferner blieben in allen vier Verfahren maßgebliche Sachverhaltsdetails (s. Abschn. II) vollständig unberücksichtigt, die zeigen, dass Gesetzgeber und Executive fortlaufend schwere vermeidbare Fehler bei der Datenerfassung und Methodik der Gefährdungsbeurteilung begangen haben, diese nicht abgestellt und sich verfügbaren Erkenntnismöglichkeiten insbesondere zu milderer Mitteln verschlossen haben. Es fand entgegen dem Grundsatz des § 25 I BVerfGG keine einzige mündliche Verhandlung statt, in der sich die wissenschaftlichen Berater der Regierung und Vertreter der Fachgesellschaften den Einwendungen der sachkundig unterstützten Parteien hätten stellen müssen. Wie schwer der Verzicht auf eine derartige Beweisaufnahme wiegt, zeigt sich bei der Entscheidung des BVerfG zu den Schulschließungen (Bundesnotbremse II). Hierbei verwarf das Gericht insbesondere regelmäßige Tests und Hygienemaßnahmen in Schulen als mildere Mittel gegenüber Schulschließungen und stützte dies im Kern auf das Gutachten des Virologen Prof. Dr. Drosten,<sup>112</sup> obwohl mehrere schriftlich angehörte Sachverständige auf Basis einer wesentlich detaillierteren Begründung so

102 <https://www.intensivregister.de/#/aktuelle-lage/zeitreihen>; [https://www.focus.de/gesundheit/coronavirus/v.-31-000-auf-24-000-warum-in-elf-monaten-7000-deutsche-intensivbetten-verschwunden-sind\\_id\\_13167403.html](https://www.focus.de/gesundheit/coronavirus/v.-31-000-auf-24-000-warum-in-elf-monaten-7000-deutsche-intensivbetten-verschwunden-sind_id_13167403.html).

103 Bericht des Bundesrechnungshofs v. 9.6.2021, S. 41.

104 <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/132212/Versorgungsprobleme-durch-einrichtungsbezogene-Impfpflicht-moeglich>.

105 BVerfGE 106, 62 (150 ff.) = NJW 2003, 41 = NVwZ 2003, 197 Ls.

106 BVerfGE 50, 290 (332) = NJW 1979, 699; BVerfGE 106, 62 (151 f.) = NJW 2003, 41 = NVwZ 2003, 197 Ls.

107 BVerfGE 106, 62 (151) = NJW 2003, 41 = NVwZ 2003, 197 Ls.; BVerfGE 153, 182 (272) = NJW 2020, 905 = NVwZ 2020, 1033 Ls.

108 BVerfGE 106, 62 (151 f.) = NJW 2003, 41 = NVwZ 2003, 197 Ls.

109 BVerfGE 50, 290 (333) = NJW 1979, 699.

110 BVerfGE 106, 62 (152 f.) = NJW 2003, 41 = NVwZ 2003, 197 Ls.

111 BVerfGE 159, 223 = NJW 2022, 139 = NVwZ-Beil 2022, 7; BVerfGE 159, 355 = NJW 2022, 167 = NVwZ-Beil 2022, 36.

112 BVerfGE 159, 355 Rn. 129 = NJW 2022, 167 = NVwZ-Beil 2022, 36; Gutachten von Prof. Dr. Drosten v. 6.8.2021 (abrufbar unter: [https://schule-bleibt-offen.de/wp-content/uploads/2021/11/Stellungnahme-Drosten-Charite-Prof.-Dr.-Christian-Drosten-Charite-%E2%80%9C93-Universitaetsmedizin-Berlin-6.8.2021-G\\_geschwaerzt.pdf](https://schule-bleibt-offen.de/wp-content/uploads/2021/11/Stellungnahme-Drosten-Charite-Prof.-Dr.-Christian-Drosten-Charite-%E2%80%9C93-Universitaetsmedizin-Berlin-6.8.2021-G_geschwaerzt.pdf)).

wie aktuelleren wissenschaftlichen Erkenntnissen eine andere Sichtweise vertraten und das Gericht auf schwere methodische und inhaltliche Fehler des Drosten-Gutachtens hingewiesen haben.<sup>113</sup> Angesichts der Entscheidungserheblichkeit dieses Punktes wäre eine Anhörung von Prof. Dr. Drosten unter Vorhalt der Einwendungen der sachkundigen Dritten und eines direkten sachverständigen fachwissenschaftlichen Austauschs in der mündlichen Verhandlung zur Überprüfung Erkenntnisstandes notwendig gewesen.

### 3. Stellungnahme zum staatlichen Einschätzungs- und Prognosespielraum

Den Mindestanforderungen für ein „gutes Gesetz“ genügen weder die meisten freiheitseinschränkenden Regelungen der Coronaschutzverordnungen der Länder, noch die Neuregelungen des IfSG durch den Bundesgesetzgeber seit dem Jahr 2020. So zeichnet sich die Erkenntnis- und Datenbeschaffung des Staates – wie unter Abschnitt II dargestellt – durch eine Vielzahl schwerwiegender Fehler und Unterlassungen des Erkenntnisgewinns und Umsetzung von Primärschutzmaßnahmen aus. Vor allem der ungeeignete isolierte und unter falschen technischen Parametern betriebene Masseneinsatz von PCR-Tests ermöglicht keine wissenschaftlich belastbare Feststellung und Bewertung eines Infektions-, Hospitalisierungs- und Mortalitätsgeschehen durch COVID-19. Dass eine Vielzahl von Erkrankungen und Todesfällen durch COVID-19 zu beklagen sind, ist unstrittig. Eine sorgfältige gesetzgeberische Sachverhaltsermittlung unter Ausschöpfung aller verfügbaren Erkenntnisquellen hat nicht stattgefunden, so dass die Grundlagen für eine objektive evidenzbasierte Beurteilung der Gefahrenlage und Wirksamkeit der Schutzmaßnahmen (auch als Bündel) fehlen. Hierzu gehört auch, dass Gesetz- und Verordnungsgeber vor Umsetzung der freiheitseinschränkenden Maßnahmenbündel keinerlei Anstrengungen unternommen haben, um die maßnahmenbedingten Schäden zu berücksichtigen und detailliert zu erfassen. Da der Einschätzungs- und Prognosespielraum des Gesetzgebers mit fortschreitender Zeit, vor allem bei besonders schweren Grundrechtsbelastungen und der zunehmenden Möglichkeit des Erkenntnisgewinns immer geringer wird,<sup>114</sup> ist trotz Fortbestand einer Gefahrenlage ein wesentlich strengerer gerichtlicher Kontrollmaßstab bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung von Coronamaßnahmen anzulegen. Angesichts all dessen stand dem Gesetz- und Verordnungsgeber spätestens seit Mitte des Jahres 2020 nur noch ein deutlich eingeschränkter Prognose- und Einschätzungsspielraum zu. Zudem verbietet sich eine Reduzierung des gerichtlichen Prüfungsmaßstabes auf eine bloße Vertretbarkeitskontrolle,<sup>115</sup> wenn der Gesetzgeber – wie vorliegend – zuvor gegen elementare Pflichten zur ordnungsgemäßen Sachverhaltsermittlung verstoßen hat.

### 4. Legitimer Zweck

Als legitime Zwecke der Änderungen des IfSG durch die Bevölkerungsschutzgesetze und diversen Verordnungen der Länder zur Bekämpfung von COVID-19 können unstrittig der Schutz von Leben und der Gesundheit der Bevölkerung sowie die Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems angesehen werden. Allerdings weist Murswiek<sup>116</sup> zutreffend darauf hin, dass vielfach übersehen wird, dass es bei der Eindämmung der Virusausbreitung nicht um die Abwendung von Tötungen oder schwerer Krankheitsverläufe für konkrete Personen bzw. das Schutzgut Leben und körperliche Unversehrtheit an sich geht, sondern zunächst um die präventive Reduzierung des menschlichen Lebensrisikos, an COVID-19 mit tödlicher Folge oder mit schweren Folgen

zu erkranken. Dieser beträchtliche Unterschied gewinnt im Rahmen der Angemessenheitsprüfung Bedeutung.

### 5. Geeignetheit des Mittels

Die vorbenannten legitimen Ziele sollten insbesondere durch vielfältige Maßnahmen zur Reduzierung von zwischenmenschlichen Kontakten erreicht werden.<sup>117</sup> Hinzu kamen nach § 28 a IfSG unter anderem Zugangsverbote zu Gebäuden für Personen, die nicht gegen COVID-19 geimpft waren oder nicht über einen negativen Antigen- oder PCR-Test (2-G, 3-G-Regelungen) verfügten. Das verfassungsrechtliche Eignungskriterium stellt bekanntlich kaum ein wirksames Korrektiv dar. Denn für die Eignung eines freiheitseinschränkenden Gesetzes genügt bereits die Möglichkeit, mit dem Gesetz den verfolgten legitimen Zweck zu erreichen.<sup>118</sup> Das eingesetzte Mittel muss den Zweck zumindest fördern. Das Eignungskriterium greift erst dann korrigierend ein, wenn die freiheitseinschränkende Maßnahme dem Zweck zuwiderläuft.

### 6. Erforderlichkeit des Mittels

Ein Grundrechtseingriff darf nur so weit gehen, wie es der Schutz des Gemeinwohls erfordert<sup>119</sup> und kein gleich wirksames Mittel zur Erreichung des Gemeinwohls zur Verfügung steht, das den Grundrechtsträger weniger und Dritte sowie die Allgemeinheit nicht stärker belastet.<sup>120</sup> Statt eines groben Hammers drastischer flächendeckender Einzelmaßnahmen (Betriebs- und Schulschließungen, Schließung von Sport-, Freizeit- und Kultureinrichtungen, Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen im privaten und öffentlichen Raum, Versammlungsverbote, 3-G im Einzelhandel und am Arbeitsplatz etc.) gegen Mio. Nichtstörer standen erkennbar insbesondere folgende mildere und mindestens ebenso wirksame – wenn nicht gar deutlich wirksamere – Mittel als Bündel zur Erreichung der legitimen Ziele zur Verfügung:

- spezifische Schutzmaßnahmen für die zumeist hochbetagten Personen in Krankenhäusern, Alten- und Pflegeheimen mit größtem Risiko für schwere Krankheitsverläufe und Hospitalisierung, beispielsweise durch eine regelmäßige Test- und Maskenpflicht beschränkt auf ärztliches- und Pflegepersonal sowie Besucher der Einrichtungen,
- flächendeckende Hilfsangebote für Angehörige von Risikogruppen durch häusliche Belieferungen, Beförderungsangebote und Einkaufszeiten im Einzelhandel,
- finanzielle Förderung und Initiierung von Studien für wirksame Medikamente sowie Entwicklung und Anwendung verbesserter Behandlungsmethoden,
- Einsatz einer evidenzbasierten Teststrategie bei repräsentativ bestimmten Bevölkerungskohorten zur raschen Gewinnung verwertbarer epidemiologischer Daten,

113 Gutachten von Prof. Dr. med. Stefan N. Willich v. 16.8.2021, S. 13 ff. (abrufbar: <https://schule-bleibt-offen.de/wp-content/uploads/2021/09/07-Anlage-VB19-Bewertung-Stellungnahmen-Willich-16.8.2021.pdf>); <https://www.krankenhaushygiene.de/informationen/892>; Zusammenfassung: Prof. Dr. med. Ursel Heudorf, Hessisches Ärzteblatt Onlineausgabe 5/2022, 302 (abrufbar unter: [https://www.laekh.de/fileadmin/user\\_upload/Heftarchiv/PDFs\\_ganze\\_Hefte/2022/HA-EBL\\_05\\_2022.pdf](https://www.laekh.de/fileadmin/user_upload/Heftarchiv/PDFs_ganze_Hefte/2022/HA-EBL_05_2022.pdf)).

114 BVerfG NVwZ 2020, 876 (878).

115 Schwarz NVwZ-Beil. 2022, 3 (4); Anm. Boehme-Neßler NVwZ-Beil. 2022, 7 (35).

116 Murswiek, FS Gilbert H. Gornig, 10 (<http://dietch-murswiek.de/files/Murswiek-Leben-als-Schutzgut-FS-Gornig-Preprint.pdf>).

117 BT-Drs. 19/28444, 8.

118 BVerfGE 152, 68 (130 f.) = NJW 2019, 3703; BVerfGE 156, 63 (116).

119 BVerfGE 100, 226 (241) = NJW 1999, 2877 = NVwZ 1999, 1218 Ls.; BVerfGE 110, 1 (28) = NJW 2004, 2073 = NVwZ 2004, 1346 Ls.

120 BVerfGE 148, 40 (57) = NVwZ 2018, 1056.

- Ausbau des Gesundheitssystems durch eine massive Aus- und Fortbildungsinitiative sowie Verbesserung der Arbeitsbedingungen und Gehälter von Pflegekräften,
- temporäre Anpassung des Pflegeschlüssels auf Intensivstationen,
- allgemeine Gesundheitsinformationen zur Stärkung des Immunsystems und Verhaltenshinweise für Hochrisikogruppen.

Dem liegt die bereits im März/April 2020 mögliche Erkenntnis zugrunde, dass durch COVID-19 kein außergewöhnliches Lebens-, Gesundheits- und Hospitalisierungsrisiko für die Gesamtbevölkerung besteht, sondern diese Risiken – wie bereits aus den Erfahrungen Norditaliens bekannt war – sehr stark alters- und vorerkrankungsabhängig sind. Folglich kann Bezugsgrundlage der Erforderlichkeitsprüfung nicht die Gesamtbevölkerung sein, sondern es muss eine risikospezifische Betrachtung der Erforderlichkeit erfolgen. Dies öffnet wieder den Blick für effiziente und freiheitsschonendere Maßnahmen, die sich am jeweiligen Risikograd für die maßgeblichen Risikogruppen ausrichten. Nicht die erkennbar aussichtslose Strategie der Minimalinfektion in der gesamten Bevölkerung, sondern die gezielte Vermeidung von Infektionen in den Risikogruppen durch das dargestellte beschränkte – aber umso effizientere – Maßnahmenbündel hätte die gesetzgeberischen Ziele offenkundig besser gefördert. Angesichts der überwiegenden Evidenzlosigkeit der staatlichen Maßnahmen kann deren Wirksamkeit nicht messbar festgestellt werden. Daher ist es auch verfehlt, wenn durch die Verwaltungs- und OVG sowie das BVerfG zumeist textbausteinartig darauf verwiesen wurde, mildere Maßnahmen seien entweder nicht oder nicht mit hinreichender Sicherheit ersichtlich. Hinzu kommt, dass Gesetz- und Verordnungsgeber vermeidbare grundlegende Systemfehler und Versäumnisse begangen und diese bis heute ganz überwiegend nicht abgestellt haben, weil konstruktive Kritik namhafter Wissenschaftlicher ignoriert wurde. Zudem haben auch der unterlassene personelle Ausbau der Intensivstationen, die mangelnde Gegensteuerung des Kapazitätsverlustes von mehr als 7000 betreibbaren Intensivbetten allein von Mai 2020 bis Mai 2021 und finanzielle Fehlanreize nach § 21 I a KHG zur Reduzierung der Kapazitäten eine potenzielle Überlastungsgefahr – die systemisch jedoch real nie bestand – erst begründet. Insoweit führt ein staatliches gefahr begründendes Verhalten oder Unterlassen nicht nur zu einer unverzüglichen staatlichen Abhilfepflichtung, sondern – wenn dieser Zustand anhält – ist die Erforderlichkeit der Maßnahmen nicht mehr gegeben. Anderenfalls könnte der Gesetzgeber durch seine Unterlassung oder aktiv gefahr begründendes Verhalten freiheitseinschränkende Maßnahmen immer länger aufrecht erhalten und solche mit immer größerer Eingriffstiefe veranlassen. Dem ist durch die Rechtsprechung konsequent mit dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit zu begegnen.

## 7. Angemessenheit des Mittels

Die Angemessenheit des Mittels erfolgt nach der Rechtsprechung des BVerfG in folgenden drei Stufen.<sup>121</sup>

### a) Auswirkungen des Eingriffs auf die Rechtsgüter der Betroffenen

Die staatlichen Schutzmaßnahmen beeinträchtigen die Ausübung einer Vielzahl von Grundrechten, wie insbesondere die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 I GG), das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 II 1 GG), die Freiheit der Person (Art. 2 II GG), das Recht von Kindern und Jugendlichen auf schulische Bildung (Art. 2 I iVm Art. 7 I GG), den Schutz der Familie (Art. 6 I GG), die

Religions- (Art. 4 GG), Versammlungs- (Art. 8 GG), Freizügigkeit (Art. 11 GG) und die Berufsfreiheit (Art. 12 GG). Ebenso greifen die 2-G und 3-G-Regelungen in die Menschenwürde (Art. 1 I GG) ungeimpfter Personen gegenüber Personen ein, da diese Maßnahmen einen indirekten erheblichen Impfdruck erzeugen.<sup>122</sup> Bei der ersten Stufe der Angemessenheitsprüfung sind zunächst Eingriffsintensität, die Dauer der Beeinträchtigung und eine etwaige additive Gesamtbelastung des flächendeckenden Maßnahmenbündels zu berücksichtigen. Besonders bei multipel wirkenden Eingriffen, sind diese als additiver Eingriff in ihrer Gesamtbelastung zu bewerten.<sup>123</sup> Dies hat das BVerfG in seinen Entscheidungen zur Notbremse I und II aufgegriffen und betont, dass nicht isoliert die einzelne Coronamaßnahme, sondern die Gesamtbelastung im Kontext des Maßnahmenbündels beurteilt werden muss.<sup>124</sup>

### b) Bedeutung des Eingriffs für den legitimen Zweck

Auf der zweiten Stufe ist die Bedeutung der einzelnen Maßnahme als Element des gesetzgeberischen „Gesamtschutzkonzepts“ vor infektionsbedingten Gefahren für Gesundheit und Leben der Bevölkerung sowie des systemischen Bestandes des Gesundheitssystems zu betrachten.<sup>125</sup> Hierbei ist nach der hier vertretenen Auffassung erforderlich, die konkrete Bedeutung der einzelnen Maßnahme für das Gesamtkonzept und dessen Wirksamkeit in kontrollfähiger Weise darzustellen. Die Ansammlung diverser teilweise inkonsistenter Einzelmaßnahmen begründen kein schlüssiges Gesamtschutzkonzept.

### c) Gesamtabwägung der Eingriffsauswirkungen und der Eingriffsbedeutung

Auf der dritten Stufe sind die Eingriffsbedeutung für die Erreichung des legitimen Zwecks und Eingriffsauswirkungen umfassend gegeneinander abzuwägen. Auf dieser Ebene sind vor allem die multiplen Folgeschäden des staatlichen flächendeckenden Maßnahmenbündels sorgfältig zu ermitteln und in ihrer Gesamtheit zu bewerten. Hierzu zählen die unmittelbaren und mittelbaren Folgeschäden der Maßnahmen gegen Mio. Nichtstörer, wie beispielsweise Gesundheitsschäden und Todesfälle durch verschobene Vorsorgeuntersuchungen in Folge von Coronaauflagen der Krankenhäuser und geschürter Ansteckungsangst,<sup>126</sup> eine erhöhte Zahl von körperlichen Misshandlungen von Frauen<sup>127</sup> und Kindern,<sup>128</sup> nahezu 3-fache Zahl an Suizidversuchen bei Jugendlichen,<sup>129</sup> merkliche Zunahme von jeweils stationär behandelten sozialen Störungen bei Grundschulkindern sowie Ess-

121 BVerfGE 92, 277 (327) = NJW 1995, 1811 (1817); BVerfGE 120, 274 (327) = NJW 2008, 822.

122 Murswiek, Rechtsgutachten v. 4.10.2021 (abrufbar: <https://impfentscheidung.online/wp-content/uploads/2021/10/Gutachten-Die-Verfassungswidrigkeit-des-indirekten-Corona-Impfzwangs.pdf>).

123 BVerfGE 141, 220 Rn. 130 = NVwZ 2016, 839.

124 BVerfGE 159, 223 Rn. 223 = NVwZ-Beil 2022, 7 = NJW 2022, 139 (156).

125 BVerfGE 159, 355 Rn. 274, 290, 303 = NVwZ-Beil 2022, 36 = NJW 2022, 167.

126 <https://www.faz.net/aktuell/rhein-main/region-und-hessen/pandemie-beeinflusst-krebsvorsorge-in-hessen-17337496.html>; <https://www.zeit.de/news/2021-02/02/krankenkasse-weniger-krebsvorsorge-waehrend-corona-pandemie>.

127 <https://www.tum.de/die-tum/aktuelles/pressemitteilungen/details/36053>.

128 <https://www1.wdr.de/nachrichten/themen/coronavirus/mehr-gewalt-gegen-kinder-100.html>; <https://www.welt.de/politik/deutschland/article232648389/Vernachlaessigung-Gewalt-Missbrauch-das-Kinderleid-im-Corona-Jahr.html>.

129 <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/132970/Zweiter-COVID-19-Lockdown-Zahl-der-Suizidversuche-bei-Jugendlichen-in-Deutschland-nach-zu>.

und Angststörungen bei Schulkindern und Jugendlichen von 2020 zu 2021,<sup>130</sup> psychische Störungen und Überlastungen in Folge Isolation aufgrund unangemessener staatlicher Panikverbreitung,<sup>131</sup> eine gestörte soziale und sprachliche Entwicklung von Kleinkindern durch Masken,<sup>132</sup> drohende Insolvenzwellen nach Auslaufen der Coronahilfen,<sup>133</sup> gigantische Ausgaben durch den Coronaschutzschild von circa 353,3 Mrd. Euro für Zuschüsse und 819,7 Mrd. Euro Garantien sowie Kosten von 9,2 Mrd. Euro für Coronatests allein im Zeitraum von Juli 2021 bis Februar 2022<sup>134</sup> und erhebliche Bildungseinbußen. Hierbei steht zu erwarten, dass der angehäuften Schuldenberg im Nachgang auch durch erhebliche Einsparungen bei der Gesundheitsversorgung und Erhöhung der gesetzlichen und privaten Krankenkassenbeiträge gegenfinanziert werden wird. Auf der anderen Seite ist das menschliche Lebensrisiko, an COVID-19 mit tödlicher Folge oder mit schweren Folgen zu erkranken sachlich zu bewerten. Hierzu gehört erstens eine rationale und differenzierte risikogruppenspezifische Betrachtung der Risiken für das Leben und die Gesundheit durch COVID-19 vorzunehmen, zweitens diese in ein Koordinatensystem von anderen bislang allgemein akzeptierten Lebens- und Gesundheitsrisiken einzuordnen und drittens die Risiken von COVID-19 mit anderen Lebensrisiken zu vergleichen. Hierbei wird man feststellen, dass von allen 985600 Todesfällen des Jahres 2020,<sup>135</sup> die in Folge positiver PCR-Tests mit COVID-19 assoziierten 38510 Todesfälle<sup>136</sup> nur einen geringen Anteil von 3,9 % ausmachen und eine Vielzahl von anderen Todesursachen wesentlich größere Gefahren für Leben und Gesundheit der Bevölkerung begründet haben. Berücksichtigt man zudem, dass von einer Übererfassung von COVID-19-Todesfällen auszugehen ist (vgl. Abschn. II 2 d), sinkt der quotale Anteil von Coronatoten am Sterbgeschehen nochmals. Zieht man weiter heran, dass schwere systemische Fehler eine differenzierte wissenschaftliche Gefährdungsbeurteilung verhindert haben und keiner der in Abschn. II 2 g benannten objektivierbaren Kennwerte eine medizinische Gefahrenlage von nationaler Tragweite abbildet, überwiegen die vielfältigen schwerwiegenden erkennbaren und vorhersehbaren Schäden der flächendeckenden Grundrechtseingriffe.

## V. Fazit und Ausblick

1. Gesetzgeber und Exekutive haben bei der Beurteilung der Gefährdungslage durch COVID-19 und der Auswahl der Mittel durch Außerachtlassung rationaler differenzierte Grundüberlegungen eine Vielzahl vermeidbarer systemischer Fehler begangen. Hierzu zählen insbesondere eine einseitige Beraterauswahl und die unterlassene Entwicklung und der Einsatz evidenzbasierter Maßnahmen. Eine ernsthafte Suche und das Ringen des Gesetzgebers um die mildesten Mittel sind auch nach 2 Jahren nicht feststellbar. Trotz der anfangs bestehenden Unsicherheiten, verpflichtet das Verhältnismäßigkeitsprinzip den Gesetzgeber, so schnell und effizient wie möglich alle zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen zu nutzen und sich die fehlenden wissenschaftlichen Daten und Fakten für eine objektive Einschätzung der Gefahrenlage und Bekämpfung dessen zu verschaffen. Auch in einer Gefahrensituation, die mit Unsicherheiten belastet ist, hat der Staat vorhandene wissenschaftlich-methodische Grundsätze bei der Gefahrenprognose und für einen raschen Erkenntnisgewinn anzuwenden. Stattdessen wurden mehrfach leichtfertig Lockdowns ohne Rücksicht auf die vorhersehbaren gravierenden multiplen Schäden für das Leben und die Gesundheit von Mio. Menschen in Deutschland verhängt, die von diesen Maßnahmen als Nichtstörer mit großer Wucht getroffen wurden. Das Resultat eines solchen staatli-

chen – vermeintlich alternativlosen – Handelns und der meist ausbleibenden gerichtlichen Intervention ist der Verlust von Menschenleben, Eintritt von Gesundheitsschäden, immenser wirtschaftlicher Schäden und eine nachhaltige Beschädigung des Rechtsstaats.

2. Alle mit der Überprüfung von staatlichen Coronamaßnahmen befassten Gerichte sind eindringlich aufgerufen, den maßgeblichen Sachverhalt selbstständig über die Stellungnahmen und Daten des RKI und des PEI hinaus möglichst umfassend zu ermitteln. Entgegen der Sichtweise vieler Verwaltungsgerichte<sup>137</sup> und des BVerfG<sup>138</sup> wird das Vertrauen in die Richtigkeit der Empfehlungen und Daten weisungsgebundener staatlicher Einrichtungen (RKI, PEI, STIKO) nicht kraft gesetzlicher Aufgabenzuweisung verschenkt. Vielmehr muss es nach kritischer Sachprüfung festgestellt werden. Es ist längst an der Zeit, weniger RKI, PEI und STIKO zu wagen, deren Feststellungen zu hinterfragen und sich intensiver der Sachverhaltsermittlung zu widmen. Hierzu gehört, sich damit auseinanderzusetzen, zu welchem Zeitpunkt auf welche Weise Informationen und Daten mit welcher Aussagekraft zur Infektionssterblichkeit, zum Infektions- und Hospitalisierungsgeschehen, zur Kausalität von COVID-19-Todesfällen, zu Effekten von Schutzmaßnahmen und zur Sicherheit und Wirksamkeit der COVID-19-Impfstoffe vorlagen. Ferner sind Zeitpunkt wissenschaftlicher Erkenntnismöglichkeiten zu berücksichtigen, aus denen mildere Mittel hätten abgeleitet und ergriffen werden können. Liegen neue wissenschaftliche Erkenntnisse vor oder stellt sich die Unrichtigkeit von gesetzgeberischen Annahmen heraus, kann selbst eine zunächst als verfassungsgemäß bewertete gesetzliche Coronaregelung auf jeder Stufe der gerichtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung mit Wirkung für die Zukunft verfassungswidrig werden.<sup>139</sup> Eine richterliche Sachverhaltsprüfung mit offenen Augen ist unabdingbare Voraussetzung für eine funktionierende Verhältnismäßigkeitsprüfung, die ihre wahre Bedeutung für den Rechtsstaat vor allem in der Krise beweisen muss. Eine solche gerichtliche Prüfung von Coronamaßnahmen ist zumeist ausgeblieben. Die Überwindung dieses schwerwiegenden rechtsstaatlichen Defizits erfordert eine umfassende Analyse, Aufarbeitung und Beseitigung der Ursachen, die dazu geführt haben, dass Menschen gegenüber Grundrechtseingriffen von historischem Ausmaß effektiver Rechtsschutz ganz überwiegend systematisch versagt geblieben ist. Der ehemalige Präsident des BVerfG Hans-Jürgen Papier wies nach dem ersten Pandemiejahr mahndend darauf hin, dass die Menschen dieses Landes keine Untertanen sind.<sup>140</sup> Noch weniger ist ein Teil der Bevölkerung – vor allem nicht Kinder und Jugendliche – als menschlicher Schutzschild für einen anderen Teil der Bevölkerung einzusetzen. Anderenfalls droht der Übergang des Rechtsstaats zum Sicherheitsstaat. Die Fehleinschätzungen der WHO bei der Vogelgrippe im Jahre 2005 und der Schweinegrippe im Jahre 2009 zeigen deutlich, dass es auf nationaler Ebene zwingend objektivierbarer messbarer Kennzahlen und klar definierter evidenzbasierter Kriterien für die Bestimmung einer medizinischen Notlage von nationaler Tragweite und gestufter Schutzmaßnahmen bedarf, die in ein reformiertes IfSG Eingang finden müssen. ■

130 <https://www.dak.de/dak/download/foalien-2558040.pdf>; [https://www.dak.de/dak/bundesthemen/pandemie-depressionen-und-essstorerungen-bei-jugendlichen-steigen-weiter-an-2558034.html#](https://www.dak.de/dak/bundesthemen/pandemie-depressionen-und-essstorerungen-bei-jugendlichen-steigen-weiter-an-2558034.html#/).

131 <https://www.rbb24.de/panorama/thema/2020/coronavirus/beitrag-neu/2020/10/corona-lockdown-psychische-gesundheit-einsamkeit-depression-folgen.html>.

132 <https://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/gesundheit/coronavirus/masken-verzoegern-sprachentwicklung-folge-der-corona-massnahmen-17933790.html>.

133 <https://www.welt.de/wirtschaft/article236178844/Deutschland-droht-Insolvenz-Welle-Warum-die-Corona-Hilfen-zum-Bumerang-werden-koennten.html>.

134 <https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/pandemie-strukturelle-maengel-rechnungshof-ruegt-lauterbachs-ministerium-fuer-coronatests/28154884.html>.

135 <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1121073/umfrage/sterbefaelle-in-deutschland-nach-geschlecht/>.

136 [https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2021/11/21\\_505\\_23211.html](https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2021/11/21_505_23211.html).

137 OVG Münster 25.11.2020 – 13 B 1780.20.NE, BeckRS 2020, 32667 Rn. 8.

138 BVerfG NVwZ 2022, 950 Rn. 138 f.

139 BVerfG NVwZ 2022, 950 Rn. 167 aE, 235.

140 <https://www.welt.de/politik/deutschland/plus227789681/Hans-Juerger-Papier-Die-Menschen-dieses-Landes-sind-keine-Untertanen.html>.