



BERNARD KORN & PARTNER

Bernard Korn & Partner, Stromberger Straße 2, 55545

Verwaltungsgericht Berlin
Kirchstraße 7
10557 Berlin

Eilt sehr!

Bitte sofort vorlegen!

Einstweiliger Rechtsschutz!

Nur per beA

DATUM	AKTENZEICHEN	DURCHWAHL	E-MAIL
30.01.2022	0091/2022-JH	(06131) 5547666	hamed@ckb-anwaelte.de

Antrag auf einstweilige Anordnung

In dem Verwaltungsrechtsstreit

- Antragstellerin zu 1) -

- Antragsteller zu 2) -

Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwältin Jessica Hamed, Bernard
Korn & Partner, Stromberger Straße 2, 55545 Bad Kreuznach

g e g e n

die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch das
Bundesministerium für Gesundheit, dieses vertreten durch den
Bundesgesundheitsminister Karl Lauterbach, Friedrichstraße 108, 10117
Berlin

- Antragsgegnerin -

Michael Bernard
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Strafrecht

Timo Korn
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Familienrecht
Fachanwalt für Strafrecht

Prof. Dr. Hanno M. Kämpf
Strafverteidiger

Anna Deus-Cörper
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Verkehrsrecht
ADAC Vertragsanwältin

Sven Hartmann
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht
Bankkaufmann

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

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

Jessica Hamed
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Strafrecht

Nadia Thibaut
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Arbeitsrecht

René Ritter
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Markus Cronjäger
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Strafrecht

Timo Berneit
Rechtsanwalt

Franz-Rudolf Dietz
Rechtsanwalt

Hendrik Seidel
Rechtsanwalt

Rechtsanwälte in Partnerschaft mbB
Amtsgericht Koblenz PR 155
USt-Ident-Nr. DE 219 123 576

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

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

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

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

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

wegen: Definition „genesen“, SchAusnahmV,
CoronaEinreiseV, Antrag auf einstweilige Anordnung

wird unter Verweis auf die beigelegte Vollmachtsurkunde angezeigt,
dass die Antragstellerin und der Antragsteller von der
Verfahrensbevollmächtigten vertreten werden.

Namens und im Auftrag der Antragstellerin und des Antragstellers
wird beantragt,

1. bis zu einer Entscheidung über eine noch zu erhebende
Feststellungsklage, in der beantragt werden wird,
festzustellen, dass § 2 Nr. 5 SchAusnahmV und § 2 Nr. 8
CoronaEinreiseV i. V. m. Webseite des Robert Koch-
Instituts www.rki.de/covid-19-genesenennachweis die
Antragstellerin und den Antragsteller in ihrem Grundrecht
aus Art. 3 Abs. 1 GG verletzt, festzustellen, dass sie
weiterhin mindestens bis zum 18.04.2022 einen gültigen
Genesenennachweis im Sinne von § 2 Nr. 5 SchAusnahmV
bzw. § 2 Nr. 8 CoronaEinreiseV besitzen,
2. hilfsweise der Antragsgegnerin einstweilen aufzugeben,
der Antragstellerin und dem Antragsteller einen gültigen
Genesenennachweis im Sinne von § 2 Nr. 5 SchAusnahmV
bzw. § 2 Nr. 8 CoronaEinreiseV bis mindestens zum
18.04.2022 auszustellen, und
3. der Antragsgegnerin die Kosten dieses Verfahrens
aufzuerlegen.

Die Anträge zu 1) und 2) werden wie folgt begründet:

I.

Die Antragstellerin und der Antragsteller haben im Oktober 2021 eine

Covid-19-Erkrankung durchgemacht. Beide hatten per PCR-Testung vom [REDACTED] ein positives Ergebnis (Anlage 1a und 1b).

Gemäß § 2 Nr. 4 und 5 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung a. F. sowie § 2 Nr. 7 und 8 der Coronavirus-Einreiseverordnung a. F., wonach ein Genesenennachweis bis sechs Monate nach Testung gültig ist, wären sie somit noch bis zum [REDACTED]

[REDACTED] in Besitz eines gültigen Genesenenzertifikats gewesen (Anlage 2a und 2b).

Durch Art. 1 Nr. 1 lit. b der Verordnung zur Änderung der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung und der Coronavirus-Einreiseverordnung vom 14. Januar 2022 wurde die Entscheidung über die Kriterien für den Genesenennachweis jedoch vollständig an das Robert Koch-Institut (RKI), welches nunmehr eigenständig festlegen kann, wie lange ein Genesenennachweis gültig sein soll, ausgelagert:

5. ein Genesenennachweis ein Nachweis hinsichtlich des Vorliegens einer vorherigen Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 in deutscher, englischer, französischer, italienischer oder spanischer Sprache in verkörperter oder digitaler Form, wenn die zugrundeliegende Testung durch eine Labordiagnostik mittels Nukleinsäurenachweis (PCR, PoC-PCR oder weitere Methoden der Nukleinsäureamplifikationstechnik) erfolgt ist und mindestens 28 Tage sowie maximal sechs Monate zurückliegt,

5. ein Genesenennachweis ein Nachweis hinsichtlich des Vorliegens eines durch vorherige Infektion erworbenen Immunschutzes gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 in deutscher, englischer, französischer, italienischer oder spanischer Sprache in verkörperter oder digitaler Form, wenn der Nachweis den vom Robert Koch-Institut im Internet unter der Adresse www.rki.de/covid-19-genesenennachweis unter Berücksichtigung des aktuellen Stands der medizinischen Wissenschaft veröffentlichten Vorgaben hinsichtlich folgender Kriterien entspricht:

a) Art der Testung zum Nachweis der vorherigen Infektion,

b) Zeit, die nach der Testung zum Nachweis der vorherigen Infektion vergangen sein muss, oder Nachweis zur Aufhebung der aufgrund der vorherigen Infektion erfolgten Absonderung,

c) Zeit, die die Testung zum Nachweis der vorherigen Infektion höchstens zurückliegen darf,

Vgl. <https://www.buzer.de/gesetz/14607/al163617-0.htm>

Selbiges gilt für die Änderung von § 2 Nr. 8 der Coronavirus-Einreiseverordnung durch Art. 2 Nr. 1 lit. a der Verordnung vom 14. Januar 2022.

Das RKI hat sodann mit Wirkung vom 15. Januar 2022 festgelegt, dass für einen Genesenennachweis der PCR-Tests mindestens 28 Tage und

höchstens 90 Tage zurückliegen darf:

Fachliche Vorgaben des RKI für COVID-19-Genesenennachweise

Gemäß Verordnung zur Änderung der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung und der Coronavirus-Einreiseverordnung vom 14.01.2022 weist das RKI aus, welche fachlichen Vorgaben ein Genesenennachweis erfüllen muss.

Die Festlegung der Vorgaben erfolgt unter Berücksichtigung des aktuellen Stands der medizinischen Wissenschaft hinsichtlich folgender Kriterien:

- a) Art der Testung zum Nachweis der vorherigen Infektion,
- b) Zeit, die nach der Testung zum Nachweis der vorherigen Infektion vergangen sein muss, oder Nachweis zur Aufhebung der aufgrund der vorherigen Infektion erfolgten Absonderung,
- c) Zeit, die die Testung zum Nachweis der vorherigen Infektion höchstens zurückliegen darf.

Fachliche Vorgaben für Genesenennachweise, mit Wirkung vom 15.01.2022:

Ein Genesenennachweis im Sinne der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung und der Coronavirus-Einreiseverordnung muss aus fachlicher Sicht folgenden Vorgaben entsprechen:

- a) Die Testung zum Nachweis der vorherigen Infektion muss durch eine Labordiagnostik mittels Nukleinsäurenachweis (PCR, PoC-PCR oder weitere Methoden der Nukleinsäureamplifikationstechnik) erfolgt sein

UND

- b) das Datum der Abnahme des positiven Tests muss mindestens 28 Tage zurückliegen

UND

- c) das Datum der Abnahme des positiven Tests darf höchstens 90 Tage zurückliegen.

Die Dauer des Genesenenstatus wurde von 6 Monaten auf 90 Tage reduziert, da die bisherige wissenschaftliche Evidenz darauf hindeutet, dass Ungeimpfte nach einer durchgemachten Infektion einen im Vergleich zur Deltavariante herabgesetzten und zeitlich noch stärker begrenzten Schutz vor einer erneuten Infektion mit der Omikronvariante haben. (1) (2) (3)

Vgl.

https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Genesenennachweis.html

Der aktuelle Wortlaut der hier beanstandeten Norm § 2 Nr. 5 SchAusnahmV ist der Folgende:

5. ein Genesenennachweis ein Nachweis hinsichtlich des Vorliegens eines durch vorherige Infektion erworbenen Immunschutzes gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 in deutscher, englischer, französischer, italienischer oder spanischer Sprache in verkörperter oder digitaler Form, wenn der Nachweis den vom Robert Koch-Institut im Internet unter der Adresse www.rki.de/covid-19-genesenennachweis unter Berücksichtigung des aktuellen Stands der medizinischen Wissenschaft veröffentlichten Vorgaben hinsichtlich folgender Kriterien entspricht:
- a) Art der Testung zum Nachweis der vorherigen Infektion,
 - b) Zeit, die nach der Testung zum Nachweis der vorherigen Infektion vergangen sein muss, oder Nachweis zur Aufhebung der aufgrund der vorherigen Infektion erfolgten Absonderung,
 - c) Zeit, die die Testung zum Nachweis der vorherigen Infektion höchstens zurückliegen darf,

Der Wortlaut des ebenfalls beanstandeten § 2 Nr. 8 der Coronavirus-Einreiseverordnung lautet:

8. Genesenennachweis ein Nachweis hinsichtlich des Vorliegens eines durch vorherige Infektion erworbenen Immunschutzes gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 in deutscher, englischer, französischer, italienischer oder spanischer Sprache in verkörperter oder digitaler Form, wenn der Nachweis den vom Robert Koch-Institut im Internet unter der Adresse www.rki.de/covid-19-genesenennachweis unter Berücksichtigung des aktuellen Stands der medizinischen Wissenschaft veröffentlichten Vorgaben hinsichtlich folgender Kriterien entspricht:
- a) Art der Testung zum Nachweis der vorherigen Infektion,
 - b) Zeit, die nach der Testung zum Nachweis der vorherigen Infektion vergangen sein muss, oder Nachweis zur Aufhebung der aufgrund der vorherigen Infektion erfolgten Absonderung,
 - c) Zeit, die die Testung zum Nachweis der vorherigen Infektion höchstens zurückliegen darf,

Die Antragstellerin und der Antragsteller gelten mithin seitdem nicht mehr als genesen. Aufgrund der Nichtanerkennung des ihnen tatsächlich zustehenden Status als Genesene werden sie damit tiefgreifenden Grundrechtseinschränkungen ausgesetzt, denen „offiziell“ anerkannte Genesene oder Geimpfte, was gerichtsbekannt sein dürfte, nicht mehr unterliegen (2G-Zugangsbeschränkungen, Kontaktbeschränkungen, Testerfordernissen usw.).

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

Sollte die Kammer weiteren Sachvortrag für erforderlich halten, wird höflich um einen entsprechenden richterlichen Hinweis gebeten.

II.

Die Anträge zu 1) und 2) sind zulässig und begründet.

1. Zulässigkeit

a.

Der Verwaltungsrechtsweg ist gemäß § 40 Abs. 1 VwGO eröffnet.

b.

Die auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gerichteten Anträge zu 1) und 2) sind als Anträge auf Erlass einer Regulationsanordnung bzw. einer Sicherungsanordnung gemäß § 123 Abs. 1 Satz 2 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) statthaft.

Da es sich bei einem Genesenennachweis mangels Regelungswirkung nicht um einen Verwaltungsakt handelt, kommt für den Hauptantrag eine **Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage** vorliegend nicht in Betracht. Nachdem es in der Hauptsache nicht um die Aufhebung eines

Verwaltungsakts geht, besteht auch keine gemäß § 123 Abs. 5 VwGO vorrangige Möglichkeit eines Antrags nach § 80 Abs. 5 VwGO.

Vgl. VG Würzburg, Beschluss v. 21.12.2021 – W 8 E 21.1606 Rn. 31 f.

Der hier gestellte Antrag nach § 123 VwGO ist auch nicht durch die Möglichkeit einstweiligen Rechtsschutzes nach § 47 Abs. 6 VwGO in einem eventuellen Normenkontrollverfahren gegen die

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] in der aktuell geltenden Fassung selbst ausgeschlossen. Ein solches Verfahren wäre hier nicht einschlägig, da sich die Antragstellerin und der Antragsteller unter Fortgeltung der einschlägigen Bestimmungen in der [REDACTED] nicht gegen die Notwendigkeit einer Vorlage eines Genesenennachweises als solche wenden, sondern eine Entscheidung über ihre Eigenschaft als Genesene bzw. im Hilfsantrag die Erteilung eines solchen Nachweises begehren. Regelungen bezüglich des Genesenennachweises finden sich jedoch abschließend in der SchAusnahmV, welche als Bundesrecht nicht in einem Normenkontrollverfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO angegriffen werden kann.

Vgl. VG Würzburg, Beschluss v. 21.12.2021 – W 8 E 21.1606 Rn. 33.

Infektionsschutzrecht ist zudem eine Angelegenheit des Bundes. Dieser kann Umfang und Schranken der Länderkompetenzen selbst bestimmen. Durch § 28c IfSG i. V. m. der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung hat er die Landesregierungen ermächtigt, Geimpfte und Genesene von den geltenden Pandemiebekämpfungsmaßnahmen auszunehmen. Nachdem sich der

Bund aber dazu entschlossen hat, die Begriffe „genesen“ und „geimpft“ selbst zu definieren, können die Länder dies nicht eigenmächtig regeln.

Aus diesem Grund wäre auch eine Feststellungsklage oder Leistungsklage gegenüber dem Land [REDACTED] gegen die den dortigen 2G-Maßnahmen, die aufgrund ihrer grundrechtsverletzenden Wirkung die Antragsbefugnis und Eilbedürftigkeit der Antragstellerin und des Antragstellers begründen, zugrundeliegende Definition von „genesen“, z. B. [REDACTED], im Hinblick auf das hiesige Begehrt nicht statthaft.

Abgesehen davon sind die Antragstellerin und der Antragsteller nicht nur von den [REDACTED], sondern auch von **Regelungen anderer Bundesländer**, insbesondere [REDACTED], betroffen. In allen Verordnungen – was gerichtsbekannt sein dürfte – sind nicht als geimpfte geltende Menschen weitestgehend vom gesellschaftlichen Leben ausgeschlossen, wie die Regierenden am 24.01.2022 erneut bestätigten:

<https://www.bundesregierung.de/breg-de/suche/videoschaltkonferenz-des-bundeskanzlers-mit-den-regierungschefinnen-und-regierungschefs-der-laender-am-24-januar-2022-2000920>

Eine – durchaus mögliche – inzidente Prüfung der Rechtmäßigkeit der Bundesregelung in einem – bzw. mehreren – solcher Verfahren führt nämlich nicht zur Beseitigung der Verletzung des Grundrechts der Antragstellerin und des Antragstellers aus Art. 3 GG (ungerechtfertigte Ungleichbehandlung gegenüber kürzer Genesenen und vollständig Geimpften). In einem ähnlichen Fall führte das Bundesverfassungsgericht entsprechend aus (Hervorhebungen durch die Unterzeichnerin):

„Im vorliegenden Fall haben die Beschwerdeführer mit der verwaltungsgerichtlichen Verpflichtungsklage zwar einen zulässigen Rechtsweg beschritten, der auch zu einer inzidenten Überprüfung der Rechtsverordnung führte, auf dem sie aber ihre **Grundrechte nicht effektiv verteidigen konnten.**

Denn die Verwaltungsgerichte haben die Klagen der Beschwerdeführer zu Recht abgewiesen, obwohl sie die Rechtsverordnung wegen eines Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG für verfassungswidrig hielten. Die Auffassung der Verwaltungsgerichte, sie könnten den Verpflichtungsklagen nicht stattgeben, da es dem Ermessen des Normgebers überlassen bleiben müsse, wie die aus der **Verfassungswidrigkeit resultierende Lücke zu schließen sei**, ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

Dies entspricht vielmehr der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Folgen von Verstößen gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Kann der Gesetzgeber zwischen mehreren denkbaren und verfassungsrechtlich gleichermaßen zulässigen Lösungen wählen, griffe eine Ausdehnung der begünstigenden Regelung durch das Bundesverfassungsgericht in die dem Gesetzgeber vorbehaltene Gestaltungsfreiheit ein (vgl. BVerfGE 37, 217 <260 f.>; 39, 316 <332 f.>; 88, 87 <101>; 93, 165 <178>). Nichts anderes gilt für die Fachgerichte, soweit sie im Rahmen der ihnen zustehenden Kontroll- und Verwerfungskompetenz über untergesetzliche Normen einen Gleichheitsverstoß feststellen (vgl. BVerwGE 102, 113 <117 f.>).

[...]

Während das Bundesverfassungsgericht bei Gleichheitsverstößen die Möglichkeit hat, den Normgeber durch eine mit der Unvereinbarkeitserklärung verbundene Anordnung einer

Neuregelung zu einer verfassungsgemäßen Neuregelung zu zwingen, ist dies den Verwaltungsgerichten im Rahmen einer Verpflichtungsklage nach der derzeitigen verwaltungsprozessualen Rechtslage nicht möglich. Zwar könnte der Normgeber, in diesem Fall die Bundesregierung, die inzidente Feststellung der Verfassungswidrigkeit zum Anlass nehmen, die Norm zu korrigieren; angesichts der **durch die inter-partes-Wirkung beschränkten Rechtskraft der verwaltungsgerichtlichen Urteile und der unterschiedlichen Auffassung verschiedener Gerichte zur Frage der Verfassungswidrigkeit der Kulturpflanzen-Ausgleichszahlungs-Verordnung** ist er dazu jedoch **nicht gezwungen**.

[Stattdessen] hätten die Beschwerdeführer vor den Verwaltungsgerichten eine Feststellungsklage nach § 43 Abs. 1 VwGO unmittelbar gegen die Bundesrepublik Deutschland richten können mit dem Ziel festzustellen, dass sie durch die Kulturpflanzen-Ausgleichszahlungs-Verordnung in ihren subjektiven Rechten, nämlich ihrem Grundrecht aus Art. 3 Abs. 1 GG, verletzt worden sind. Diese Überprüfung der Rechtmäßigkeit untergesetzlicher Rechtssätze mit Hilfe der Feststellungsklage ist nach der fachgerichtlichen Rechtsprechung möglich (vgl. BVerwGE 111, 276 <278 f.>; BSGE 72, 15 <17 ff.>). Die Anerkennung einer solchen Feststellungsklage mit einem derartigen Klageziel stellt keinen Bruch mit dem System des Rechtsschutzes in der Verwaltungsgerichtsordnung dar und führt insbesondere nicht zur Einführung einer der Verwaltungsgerichtsordnung bisher nicht bekannten Klageart. Sie rechtfertigt sich im Hinblick auf die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG daraus, dass Streitgegenstand **die Anwendung der Rechtsnorm auf einen bestimmten Sachverhalt** ist, so dass die Frage nach der Rechtmäßigkeit der Norm lediglich als - wenn auch streitentscheidende - Vorfrage aufgeworfen wird (vgl. BVerwG, a.a.O.). Es handelt sich daher bei einer solchen, auf

Feststellung einer Rechtsverletzung gerichteten Klage gegen den Normgeber nicht um eine Umgehung der in § 47 VwGO nur für Landesrechtsverordnungen vorgesehenen prinzipialen Normenkontrolle. § 47 VwGO entfaltet gegenüber der Überprüfung der Rechtmäßigkeit einer Rechtsverordnung im Wege der Feststellungsklage keine Sperrwirkung (vgl. BVerwG, a.a.O., S. 278). Dem System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes kann nicht entnommen werden, dass außerhalb des § 47 VwGO die Überprüfung von Rechtsetzungsakten ausgeschlossen sein soll (vgl. BVerwG, Urteil vom 9. Dezember 1982 - BVerwG 5 C 103.81 -, Buchholz 310 § 43 VwGO Nr. 78).

Auf dieser Grundlage kann im verwaltungsgerichtlichen Verfahren gegenüber dem Normgeber auch die Feststellung begehrt werden, dass das Recht der Kläger auf Gleichbehandlung den Erlass oder die Änderung einer Rechtsverordnung gebiete. Auch bei dieser, das Verpflichtungsinteresse der Kläger berücksichtigenden Variante eines Feststellungsantrags bleibt die Anknüpfung an ein zugrunde liegendes Rechtsverhältnis zwischen den Parteien erhalten (vgl. BVerwG, Urteil vom 4. Juli 2002 - BVerwG 2 C 13.01 -, NVwZ 2002, S. 1505 <1506>).

Der Gesichtspunkt der Subsidiarität der Feststellungsklage (§ 43 Abs. 2 VwGO) steht einem Verweis auf diese Verfahrensart nicht entgegen. Eine Verpflichtungsklage allein kann im vorliegenden Fall nicht zum Erfolg führen, und es droht daher keine Umgehung der für Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen geltenden Bestimmungen über Fristen und Vorverfahren (vgl. dazu BVerwGE 111, 276 <279>; BVerwG, Urteil vom 4. Juli 2002, a.a.O.).

Gegenüber den von den Beschwerdeführern im Rechtsweg vor den Verwaltungsgerichten verfolgten Verpflichtungsklagen hat

die auf Feststellung des Anspruchs auf Erlass oder Änderung einer Rechtsverordnung gerichtete Klage den Vorteil, den Normgeber als Partei in die Rechtskraftwirkung einzubeziehen, ohne auf seine Entscheidungsfreiheit mehr als in dem für den Rechtsschutz des Bürgers unumgänglichen Umfang einzuwirken (vgl. BVerwG, Urteil vom 4. Juli 2002, a.a.O.). Dem Umstand der fehlenden Vollstreckbarkeit eines Feststellungsurteils im Vergleich zu einem Leistungsurteil kommt hingegen kein Gewicht zu, weil zum einen ein Leistungsurteil aus den beschriebenen Gründen der Gewaltenteilung in der vorliegenden Konstellation nicht ergehen kann, und zum anderen generell davon auszugehen ist, dass öffentliche Stellen als Beklagte einem Urteil auch ohne Vollstreckungsdruck Folge leisten werden.“

Vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 17. Januar 2006
- 1 BvR 541/02 -, Rn. 43 ff.

Zwar hat das Bundesverwaltungsgericht bei der Klage auf Feststellung eines Unternehmens, nicht nach der Bundes-VerpackungsVO zur Erhebung von Pfand auf Einwegverpackungen verpflichtet zu sein, nicht die Bundesrepublik Deutschland als Normsetzer, sondern das mit der Durchführung des KrW-/AbfG und dieser Verordnung befasste Land als richtigen Beklagten angesehen. Beim Streit um aus der Rechtsnorm folgende Pflichten im Hinblick auf die geltend gemachte Ungültigkeit der Norm bestehe im Regelfall das Rechtsverhältnis nicht zwischen dem Normgeber und dem Normadressaten, sondern zwischen dem Adressaten und der staatlichen Stelle, die die Regelung durchzusetzen oder ihre Befolgung zu überwachen habe. Folgt man dieser Entscheidung, hätte die vom Bundesverfassungsgericht in der obigen Entscheidung geforderten Klage ebenfalls gegen das Land gerichtet werden müssen.

Vgl. Schoch/Schneider/Pietzcker, 41. EL Juli 2021, VwGO § 43
Rn. 25a.

Vorliegend geht es jedoch anders als bei diesen beiden Fällen oder beispielsweise der Umsetzung der §§ 3 ff. SchAusnahmV (2G-Ausnahmen für Ausgangs-Kontaktbeschränkungen etc.) nicht um Regelungen, die vom Land vollzogen und so durch Bescheide/Anordnungen im Einzelfall konkretisiert werden. Stattdessen wurde schlicht eine Definition ausgelagert, die allerdings Grundlage für die die Antragstellerin und den Antragsteller betreffenden jeweiligen 2G-Landesregelungen ist und für deren Konkretisierung im Einzelfall die Länder letztlich keinen Spielraum haben (vgl. Muckel, JA 2007, 78). Ergänzend ist anzumerken, dass auch die unmittelbar geltenden Bundesregelungen aus § 28b IfSG auf § 2 Nr. 3 SchAusnahmV verweisen. Außerdem müssten die Antragstellerin und der Antragsteller, wie gerade dargestellt, in jedem Bundesland, in dem sie sich aufhalten möchten, einzeln klagen.

Aufgrund der Verletzung ihres Grundrechts aus Art. 3 GG durch § 2 Nr. 5 SchAusnahmV, da die Länder hiervon nicht abweichen können, besteht zwischen der Antragstellerin und dem Antragsteller und der Antragsgegnerin ein feststellungsfähiges konkretes Streitiges Rechtsverhältnis im Sinne des § 43 Abs. 1 VwGO. Es geht dabei auch nicht um die abstrakte Klärung der Rechtmäßigkeit des § 2 Nr. 5 SchAusnahmV i. V. m. Webseite des Robert Koch-Instituts www.rki.de/covid-19-genesenennachweis, sondern um die Anwendung der Vorschrift im Fall der Antragstellerin und des Antragstellers.

Gegen die Corona-Einreiseverordnung als Bundesverordnung ist ohnehin nur eine Feststellungsklage möglich, wobei sich auch hier die Antragstellerin und der Antragsteller nicht gegen das Erfordernis einer Absonderung für Nicht-Genesene und Nicht-Geimpfte als solches wenden, sondern bloß die Feststellung begehren, dass sie weiterhin über einen gültigen Genesenennachweis im Sinne des § 2 Nr. 8 i. V. m.

Webseite des Robert Koch-Instituts www.rki.de/covid-19-genesenennachweis verfügen und als Genesene mit Übermittlung des Genesenenzertifikats keiner Absonderungspflicht gemäß § 4 Abs. 2 Satz 2 CoronaEinreiseV unterliegen.

Hinsichtlich der Ausstellung eines gültigen Genesenennachweises, wie im Hilfsantrag gefordert, wäre mangels Eigenschaft als Verwaltungsakt (s. o.) eine noch zu erhebende **allgemeine Leistungsklage** gem. § 43 Abs. 2 Satz 1 VwGO statthaft. Antragsgegnerin ist auch hier die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch das Robert Koch-Institut. Denn diesem obliegt letztlich die Ausstellung des seitens der Antragstellerin und des Antragstellers begehrten COVID-19-Genesenenzertifikates nach § 22 Abs. 6 Satz 1 und 3 IfSG. Dem für die Antragstellerin und den Antragsteller zuständigen Gesundheitsamt fehlt die Befugnis zur Erstellung des gewünschten COVID-19-Zertifikates.

Vgl. VG Kassel, Beschluss vom 01.09.2021 - 5 L 1529/21.KS Rn. 28.

Der Hilfsantrag ist erforderlich, da die jeweiligen 2G-Landesregelungen bzw. die Quarantäneregelung in § 4 Abs. 2 Satz 1 der Coronavirus-Einreiseverordnung weitergelten würden, selbst wenn das Gericht dem Antrag zu 1) in der Hauptsache stattgeben würde, und die Antragstellerin und der Antragsteller dann zwar eine Bestätigung seiner Grundrechtsverletzung hätte, aber mangels gültigen Genesenennachweises immer noch keinen Zugang zu 2G-Lokalitäten- und Veranstaltungen bzw. Möglichkeit zum Verlassen der Quarantäne erhielten. Der Hilfsantrag ist auch schon im Eilverfahren notwendig, sobald die technische Umsetzung der Neuregelung so weit fortgeschritten ist, dass ihre bisherigen Genesenenzertifikate nicht einfach wieder „reaktiviert“ werden kann, da sie beispielsweise von der CovPassCheck-App nicht mehr als gültig angezeigt werden. Die Vorwegnahme der Hauptsache der Leistungsklage ist hier

ausnahmsweise zulässig, da effektiver Rechtsschutz andernfalls nicht gewährleistet werden kann.

c.

Nach § 123 Abs. 1 VwGO kann das Gericht der Hauptsache auch schon **vor Klageerhebung** eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung eines Rechts der Antragstellerin und des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte (Sicherungsanordnung) oder die Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustandes erforderlich ist (Regelungsanordnung).

Die Begründetheit des Antrages nach § 123 Abs. 1 VwGO setzt voraus, dass die Antragstellerin und der Antragsteller einen Anordnungsanspruch, also das zu schützende materielle Recht, und einen Anordnungsgrund, also die besondere Erforderlichkeit gerichtlichen Eilrechtsschutzes, glaubhaft machen (§ 123 Abs. 3 VwGO i. V. m. § 920 Abs. 2, § 294 der Zivilprozessordnung).

Der Anordnungsgrund ergibt sich aus den unter I. aufgeführten und glaubhaft gemachten tiefgreifenden Grundrechtseinschränkungen, denen sie als „Ungeimpfte“ bzw. „Nicht-mehr-Genesene“ unrechtmäßig ausgesetzt sind. Aufgrund der daraus resultierenden teils irreversiblen Schäden kann der Antragstellerin und dem Antragsteller ein Abwarten auf eine Entscheidung in der Hauptsache nicht zugemutet werden.

Der Anordnungsanspruch wird im Folgenden noch dargelegt und glaubhaft gemacht.

Der Zulässigkeit des Antrags auf einstweiligen Rechtsschutz steht es nicht entgegen, dass die Antragstellerin und der Antragsteller bislang in der Hauptsache noch keine Feststellungsklage erhoben haben, da er gemäß § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO bereits zuvor gestellt werden kann.

Eine Entscheidung über die noch zu erhebende Feststellungsklage insbesondere noch vor Rückkehr der Antragstellerin und des Antragstellers aus Dänemark ist offensichtlich ausgeschlossen.

Der Antragstellerin und dem Antragsteller fehlt das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis auch nicht deshalb, weil sie vor Erhebung des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung keinen entsprechenden Antrag bei der Antragsgegnerin gestellt haben. Mit der streitgegenständlichen Vorschrift hat diese bzw. ihre Behörde gerade das Ziel verfolgt, Personen wie der Antragstellerin und dem Antragsteller den Genesenenstatus zu entziehen. Die Antragstellerin und der Antragsteller weichen auch in keiner Weise vom durchschnittlichen Personenkreis der länger als drei Monate Genesenen ab, die eine Ausnahmeregelung nur für sie beide rechtfertigen würde. Das Stellen eines solchen Antrags sowohl im Hinblick auf § 2 Nr. 5 SchAusnahmV als auch im Hinblick auf § 2 Nr. 8 CoronaEinreiseV bzw. § 4 Abs. 2 Satz 1 CoronaEinreiseV wäre daher offensichtlich aussichtslos gewesen und ist der Antragstellerin und dem Antragsteller damit auch nicht zuzumuten.

d.

Die Antragstellerin und der Antragsteller sind auch entsprechend § 42 Abs. 2 VwGO antragsbefugt. Die beanstandete Bestimmung verstößt gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz gemäß Art. 3 Abs. 1 GG, da die Antragsgegnerin ihnen im Gegensatz zu anderen Personen mit ähnlicher Immunität gegen das Coronavirus wie kürzer Genesenen oder mit COVID-19-Vakzinen geimpften Personen keinen gültigen Immunitätsnachweis in Form eines Genesenenzertifikats mehr zugesteht. Mittelbar werden durch die darauf beruhenden Landesvorschriften bzw. Bundesvorschriften u. a. ihre Allgemeine Handlungsfreiheit, ihr Allgemeines Persönlichkeitsrecht, ihre Fortbewegungsfreiheit, das Recht auf Familie, die Berufsfreiheit sowie die Freiheit der Person (Absonderungspflicht) verletzt. Sie sind ferner in ihrer körperlichen Unversehrtheit verletzt, da sie sich ohne den hier

gestellten Antrag, entgegen ihres derzeitigen Willens, wie die Antragstellenden gegenüber der Unterzeichnerin bekundeten, impfen lassen müssten, um weiterhin am gesellschaftlichen Leben teilnehmen zu können.

III.

Der Antrag ist auch begründet.

Nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO kann das Gericht bereits vor Klageerhebung eine einstweilige Anordnung insbesondere zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis treffen, wenn diese Regelung nötig erscheint, um wesentliche Nachteile abzuwenden.

Da der Sache nach die Gültigkeit einer Rechtsvorschrift im Einzelfall vorübergehend suspendiert werden soll, können für eine darauf ausgerichtete Entscheidung nach § 123 VwGO keine anderen Maßstäbe gelten als für eine normspezifische einstweilige Anordnung nach § 47 Abs. 6 VwGO. Für diese ist allgemein anerkannt, dass eine Interessenabwägung unter Anlegung eines strengen Maßstabs vorzunehmen ist. Die für die einstweilige Anordnung sprechenden Gründe müssen danach grundsätzlich so schwer wiegen, dass deren Erlass unabweisbar erscheint.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 10. Juni 2016 - 4 B 504/16 -, juris, Rn. 24; VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 24. Oktober 2002 - 8 S 2210/02 - juris, Rn. 33.

Prüfungsmaßstab im Verfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO sind zunächst die Erfolgsaussichten des in der Sache anhängigen Normenkontrollantrages, soweit sich diese im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes bereits absehen lassen. Ergibt diese

Prüfung, dass der Normenkontrollantrag voraussichtlich unzulässig oder unbegründet sein wird, ist der Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten. Erweist sich dagegen, dass der Antrag zulässig und (voraussichtlich) begründet sein wird, so ist dies ein wesentliches Indiz dafür, dass der Vollzug bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache suspendiert werden muss. In diesem Fall kann eine einstweilige Anordnung ergehen, wenn der (weitere) Vollzug vor einer Entscheidung im Hauptsacheverfahren Nachteile befürchten lässt, die unter Berücksichtigung der Belange des Antragstellers, betroffener Dritter und/oder der Allgemeinheit so gewichtig sind, dass eine vorläufige Regelung mit Blick auf die Wirksamkeit und Umsetzbarkeit einer für den Antragsteller günstigen Hauptsacheentscheidung unaufschiebbar ist. Lassen sich die Erfolgsaussichten des Normenkontrollverfahrens nicht abschätzen, ist über den Erlass einer beantragten einstweiligen Anordnung im Wege einer Folgenabwägung zu entscheiden: Gegenüberzustellen sind die Folgen, die eintreten würden, wenn eine einstweilige Anordnung nicht erginge, das Hauptsacheverfahren aber Erfolg hätte, und die Nachteile, die entstünden, wenn die begehrte einstweilige Anordnung erlassen würde, das Normenkontrollverfahren aber erfolglos bliebe. Die für den Erlass der einstweiligen Anordnung sprechenden Erwägungen müssen die gegenläufigen Interessen dabei deutlich überwiegen, mithin so schwer wiegen, dass der einstweiligen Anordnung - trotz offener Erfolgsaussichten der Hauptsache - dringend geboten ist.

BVerwG, Beschluss vom 25. Februar 2015 - 4 VR 5/14 -, juris, Rn. 12.

Gemessen an diesem strengen Maßstab ist der Erlass der begehrten einstweiligen Anordnung vorliegend unerlässlich. Die beanstandete Bestimmung, die den Eingriff in die Grundrechte der Antragstellerin und des Antragstellers begründet, ist offensichtlich rechtswidrig.

1.

§ 2 Nr. 5 SchAusnahmV i. V. m. Webseite des Robert Koch-Instituts www.rki.de/covid-19-genesenennachweis verstößt - ebenso wie § 2 Nr. 8 CoronaEinreiseV i. V. m. Webseite des Robert Koch-Instituts www.rki.de/covid-19-genesenennachweis in mehrerlei Hinsicht gegen das **Rechtsstaatsprinzip** (Art. 20 Abs. 3 GG). Im Folgenden wird die Rechtsverletzung an § 2 Nr. 5 SchAusnahmeV i. V. m. Webseite des Robert Koch-Instituts www.rki.de/covid-19-genesenennachweis verdeutlicht. Die Ausführungen gelten ebenfalls für § 2 Nr. 8 CoronaEinreiseV, auch wenn hier die Eingriffsintensität im Vergleich zum völligen Ausschluss aus dem gesellschaftlichen Leben, reduziert ist.

a.

In der Ordnung des Grundgesetzes trifft die grundlegenden Entscheidungen das vom Volk gewählte Parlament. In ständiger Rechtsprechung hat das Bundesverfassungsgericht daher aus grundrechtlichen Gesetzesvorbehalten und dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) einerseits sowie dem Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1 und 2 GG) andererseits die Verpflichtung des Gesetzgebers abgeleitet, in allen grundlegenden normativen Bereichen die **wesentlichen Entscheidungen** selbst zu treffen. Wesentlich bedeutet im grundrechtsrelevanten Bereich in der Regel „wesentlich für die Verwirklichung der Grundrechte“.

Vgl. Graßhof, Nachschlagewerk der Rechtsprechung des BVerfG [kommentierend], Werkstand: 214. EL April 2021, GG Art. 20 Abs. 3 Rechtsstaatsprinzip Nr. 250 f.

Das Parlament hat das Bundesgesundheitsministerium durch § 28c IfSG zur Entscheidung darüber, wer als geimpft gilt, ermächtigt. Diese Entscheidung hat aufgrund der zahlreichen Verweise sowohl im Bundes- als auch Landesrecht, massive Auswirkungen auf alle Grundrechtsträgerinnen und Grundrechtsträger.

Der Wissenschaftliche Dienst des Bundestags schreibt in einer aktuellen Ausarbeitung vom 28.01.2022 dazu (Hervorhebungen durch die Unterzeichnerin):

„§ 28c IfSG, der die Grundlage für die Regelung des Immunitätsnachweises bildet, sieht vor, dass die Bundesregierung „für Personen, bei denen von einer Immunisierung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 auszugehen ist oder die ein negatives Ergebnis eines Tests auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vorlegen können“, Erleichterungen oder Ausnahmen von Geboten oder Verboten im Zuge der Bekämpfung der Corona-Pandemie regeln kann. Die Regelung des Immunitätsnachweises greift zwar selbst nicht in Grundrechte ein, sie bildet aber die Grundlage für die Frage, ob die Grundrechte der betroffenen Person durch die Corona-Maßnahmen beschränkt werden dürfen oder ob aufgrund der Immunisierung eine Ausnahmeregelung gelten kann. **Daher sind die Regelungen von hoher Relevanz für die Wahrnehmung von Grundrechten.**

Problematisch erscheint, dass die Norm keine Kriterien dazu vorgibt, wann eine Immunisierung vorliegt, durch wen diese festgestellt wird, wie lange sie gilt und welche Ausnahmen möglich sind. **Aufgrund der hohen Grundrechtsrelevanz erscheint das vollständige Überlassen der Regelung dieser Frage an die Exekutive kritisch.** Dies wird noch dadurch verstärkt, dass § 28c IfSG die Bundesregierung zum Erlass der Ausnahmevorschriften zwar ermächtigt, nicht jedoch dazu verpflichtet. Die Bundesregierung könnte somit auch auf den Erlass einer entsprechenden Verordnung und damit das Vorsehen von Ausnahmen für Immunisierte verzichten, obgleich das Vorsehen zumindest gewisser Ausnahmen aus Gründen der Verhältnismäßigkeit zwingend sein dürfte.

Die Verordnungsermächtigung (damals in etwas anderer Formulierung als § 28b Abs. 6 IfSG vorgesehen) wurde bereits in der öffentlichen Anhörung des Gesundheitsausschusses am 16. April 2021 von Rechtswissenschaftlern in Bezug auf die Wesentlichkeitslehre kritisiert.

So äußerte Möllers:

„Der vom Entwurf in § 28b Abs. 6 Satz 3 IfSchG-E gewählte Weg, eine Lösung dieses Problems in das freie Ermessen des Verordnungsgebers zu stellen, ist verfassungsrechtlich nicht haltbar. Die Ermächtigung ist zu unbestimmt, um dem Maßstab des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG zu genügen. Sie wäre aber auch ansonsten nicht zulässig, weil solche Fragen der Grundrechtsausübung nicht im Wege der Verordnung geregelt werden können, ohne dass der Gesetzgeber die wesentlichen Kriterien vorgibt.“

Kingreen äußerte sich folgendermaßen:

„Freiheitsrechte für Personen, bei denen von einer Immunisierung auszugehen ist, können aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht in exekutives Ermessen gestellt werden. Sie gelten.“

Wollenschläger bezog sich in seiner Stellungnahme zwar nur auf Geimpfte, seine Stellungnahme hat jedoch bezüglich Genesener gleichermaßen Geltung:

„Insoweit Ausnahmen von Schutzmaßnahmen aufgrund einer Immunisierung durch Impfung verfassungsrechtlich aus Gründen der Verhältnismäßigkeit geboten sind, was in tatsächlicher Hinsicht von entsprechenden Erkenntnissen hinsichtlich der Wirksamkeit des Impfschutzes abhängt, sind diese vorzusehen und liegen nicht im Ermessen des Verordnungsgebers, wie es in § 28b Abs. 6 IfSG-E anklingt.“

Aufgrund der Stellungnahmen und der oben angeführten Bedenken ergibt sich, dass an der Einhaltung der Wesentlichkeitslehre durch § 28c IfSG und die darauf gestützte Ausnahmenverordnung gezweifelt werden kann. In diesem Sinne dürfte es besonders kritisch zu sehen sein, dass nach der Änderung der Ausnahmenverordnung selbst die Bundesregierung als Verordnungsermächtigte wesentliche Aspekte der Regelung zum Genesenennachweis nicht mehr selbst regelt, sondern dies einer weiteren Stelle, nämlich dem RKI, überlässt.“

Vgl. WD 3-3000-005/22 S. 5 f.

Wie problematisch diese Regelungstechnik ist, und wieso wesentliches gewählte Volksvertreter*innen zu regeln und zu verantworten haben, hat sich in den vergangenen Tagen auf eindruckliche Weise gezeigt:

Weder die Mitglieder des Bundesrats noch der Bundesgesundheitsminister selbst schienen vorab über die anstehende Neuregelung, die Millionen von Menschen faktisch von heute auf morgen nahezu rechtlos stellte, informiert worden zu sein:

„„Dieses Verhalten hat viel Vertrauen zerstört, nicht nur bei mir. Das ist egal. Sondern bei vielen Menschen im Land“, schimpfte Hessens Ministerpräsident Volker Bouffier (70, CDU), wie BILD von Teilnehmern erfuhr.

Thüringens Regierungschef Bodo Ramelow (65, Linke) sprach Lauterbach direkt an, zeigte sich enttäuscht: „Ich habe persönlich mit Dir, Karl, gesprochen.“ Auch Mecklenburg-Vorpommerns SPD-Ministerpräsidentin Manuela Schwesig (47) kritisierte den Vorgang als „unglücklich“.

Hintergrund: Am 14. Januar hatte Lauterbach den Ministerpräsidenten im Bundesrat versprochen, dass sie über Änderungen des Genesenenstatus rechtzeitig informiert würden. Doch es kam anders. Nur wenige Stunden nach der Bundesratssitzung änderte das Robert Koch-Institut (RKI) überraschend die Gültigkeit des Genesenenstatus – von sechs auf drei Monate.

Kleinlaut bat Lauterbach die Länderchefs um Entschuldigung für das Kommunikations-Desaster. Auch er habe die Informationen erst spät erhalten und sei erst nach seiner Ansprache im Bundesrat durch das RKI informiert worden. Dennoch sei die Entscheidung, den Genesenenstatus zu verkürzen, in der Sache richtig gewesen, so Lauterbach weiter.

Noch in der aktuellen Beschlussvorlage zum Corona-Gipfel (liegt BILD vor) heißt es: Die Regierungschefs begrüßen, dass Veränderungen beim Genesenen- und Geimpftenstatus „künftig rechtzeitig vor ihrem Inkrafttreten“ angekündigt und begründet werden.“

Vgl. <https://www.bild.de/politik/inland/politik-inland/corona-gipfel-lauterbach-voll-angriff-der-laenderchefs-gegen-karl-lauterbach-78925070.bild.html>

Es drängt sich damit der Eindruck einer im Grundgesetz nicht vorgesehenen Expertokratie auf, wonach das Paul-Ehrlich-Institut und das Robert Koch-Institut inzwischen die wahren Verordnungsgeber sind und nicht mehr die Bundesregierung.

Die Verschiebung der Verantwortung kann auch nicht mit dem Umstand, dass das RKI selbstständig Hochrisiko- und Virusvariantengebiete bestimmt, verglichen werden, da hierbei wissenschaftliche Parameter objektiv erkennbar sind und zudem greift

diese Einordnung erheblich **niedrigschwelliger** in die Grundrechte der Betroffenen ein. Dieser Verweis hat damit nicht annähernd dieselbe Wirkung wie die hier beanstandeten Änderungen, die über die Möglichkeit zur Teilnahme am öffentlichen Leben entscheiden und in den Fällen der einrichtungsbezogenen Impfpflicht sogar zu einem faktischen Berufsverbot führen können, bzw. die Antragstellenden (Stand heute) zu einer Isolierung für mindestens fünf Tage nach ihrer Einreise nach Deutschland verpflichten.

Auch der Staatsrechtslehrer Markus Ogorek sieht einen bloßen Verweis auf die Internetseiten nachgeordneter Bundesbehörden „äußerst kritisch“. Gegenüber WELT sprach er von einem „zweifelhaften Vorgehen“. Wichtige Entscheidungen müssten vom Parlament oder zumindest im Verordnungswege von der Exekutive getroffen werden. In einem solchen Fall bestünden keine Zweifel an der demokratischen Legitimation, und die getroffenen Entscheidungen würden in einem formalisierten Verfahren erlassen, das in einer **amtlichen Bekanntgabe** des Rechtssatzes mündet: „Auch wenn nicht alle Bürger regelmäßig das Bundesgesetzblatt oder den Bundesanzeiger studieren, so müssen sie sich doch darauf verlassen können, dort die für sie verbindlichen Anordnungen zu finden. Die amtliche Bekanntgabe ist keine Bagatelle, sondern Ausdruck formalisierter Rechtsstaatlichkeit und stärkt die Verbindlichkeit der Normen.“

Vgl.

<https://www.welt.de/politik/deutschland/plus236344739/Verkuerzter-Genesenenstatus-Heftige-Kritik-an-Lauterbach-Coup.html>

Es ist mithin zu konstatieren, dass die Veröffentlichung der Kriterien für Genesennachweise auf der Webseite des RKI auch keine amtliche Bekanntgabe ersetzt, sie verstößt vielmehr gegen die Grundsätze der **Rechtsklarheit** und **Rechtssicherheit**. Den Normadressat*innen kann ersichtlich nicht zugemutet werden, täglich eine Webseite aufzurufen,

um zu überprüfen, ob sie noch als geimpft oder genesen gelten (vgl. <https://www.juwiss.de/32-2021/>; VGH München, Beschluss v. 26.01.2021 – 20 NE 21.162 Rn. 16).

Auch der wissenschaftliche Dienst des Bundestags sieht in dieser dynamischen Verweisung einen Verstoß gegen das Verkündungsgebot und den Bestimmtheitsgrundsatz sowie eine unzulässige verdeckte Subdelegation (Hervorhebungen durch die Unterzeichnerin):

„Gegen die Vereinbarkeit von Verweisungen auf reine Internetveröffentlichungen mit Art. 82 Abs. 1 GG kann insbesondere die **hohe Flüchtigkeit** dieser Veröffentlichungen sprechen. Im Gegensatz zu Gesetzen und anderen Regelungen, die abgedruckt und nur zusätzlich im Internet veröffentlicht werden, ist eine reine Internetveröffentlichung **nicht unbedingt auf Dauerhaftigkeit angelegt und problemlos änderbar.**

[...]

Die vom RKI veröffentlichten Vorgaben dienen [...] zumindest dem Wortlaut nach nur dazu, den Regelungen des § 2 Nr. 5 Ausnahmenverordnung nachzukommen. Es erscheint daher naheliegend, dass die Bundesregierung als Verordnungsgeber auf diese Weise eigene Aufgaben an das RKI weitergibt. Damit dürfte es zumindest vertretbar sein, die Regelung nicht als Verweisung, sondern als **verdeckte Subdelegation** zu interpretieren. Da die Bundesregierung nach § 28c IfSG zu einer Subdelegation – abgesehen von einer Delegation an die Landesregierungen (vgl. § 28c Satz 4 IfSG) – **nicht ermächtigt** ist, erscheint dieses rechtlich unklare Vorgehen im Hinblick auf die Vorgaben des Art. 80 Abs. 1 S. 4 GG bedenklich.

[...]

[Der] Bereich des Genesenennachweises [ist] von hoher Grundrechtsrelevanz. Darüber hinaus hat § 2 Nr. 5 der Ausnahmeverordnung ordnungswidrigkeitenrechtliche Relevanz. § 2 Nr. 5 der Ausnahmenverordnung ist zwar selbst keine straf- oder ordnungswidrigkeitenrechtliche Vorschrift; die aus der Norm in Verbindung mit der Internetseite des RKI abgeleitete Definition, wann ein gültiger Genesenennachweis vorliegt, ist allerdings Grundlage für die Einschlägigkeit einer solchen Vorschrift. So handelt etwa nach § 73 Abs. 1a Nr. 7h IfSG ordnungswidrig, wer entgegen § 20a Abs. 5 Satz 1 IfSG einen Nachweis über die Immunität gar nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig vorlegt. Dazu zählt nach § 20a Abs. 2 Nr. 2 IfSG unter anderem ein Genesenennachweis im Sinne des § 2 Nr. 5 der Ausnahmenverordnung. § 2 Nr. 5 der Ausnahmenverordnung bildet somit die Grundlage dafür, ob ein vorgelegter Genesenennachweis gültig ist und entscheidet damit über das „Ob“ des Bestehens einer Ordnungswidrigkeit nach § 73 Abs. 1a Nr. 7h IfSG.

Es sind folglich besonders hohe Anforderungen an die Bestimmtheit von § 2 Nr. 5 der Ausnahmenverordnung zu stellen.

Die Gesetzestechnik des § 2 Nr. 5 Ausnahmenverordnung mittels Verweises auf eine Internetseite erscheint vor diesem Hintergrund problematisch. Zum einen ist eine Änderung des Inhalts der Seite ohne größeren Aufwand und damit sehr viel schneller möglich als ein Rechtssetzungsverfahren. Dies hat für den Rechtsanwender im Grunde zur Folge, dass er **ständig überprüfen muss**, ob die Internetseite noch denselben Inhalt hat, um über die Rechtslage informiert zu bleiben. Zudem stellt sich die Frage, ob im Falle einer Änderung der Internetseite der frühere Inhalt archiviert abrufbar bleibt, sodass es sowohl für den Bürger als auch die Behörden und Gerichte **nachvollziehbar**

bleibt, ob zu einem bestimmten Zeitpunkt rechtskonform gehandelt wurde. Dies kann insbesondere dann von Bedeutung sein, wenn in der Rückschau festgestellt werden muss, ob ein Bürger den Ordnungswidrigkeitstatbestand des § 73 Abs. 1a Nr. 7h IfSG erfüllt hat. Zumindest als Nebenaspekt besteht zudem die Problematik eines möglichen technischen Ausfalls der Internetseite, sodass die Regelungen nicht abgerufen werden könnten.

Auch wenn man grundsätzlich der Auffassung sein sollte, dass Konstellationen denkbar sind, in denen die Regelungstechnik des dynamischen Internetverweises trotz der damit regelmäßig verbundenen Bestimmtheitsdefizite mit Blick auf die „Eigenart des zu ordnenden Lebenssachverhalts“ oder den „Normzweck“ gerechtfertigt werden kann, so sind bei § 2 Abs. 5 der Ausnahmenverordnung derartige rechtfertigende Gesichtspunkte jedenfalls nicht ohne weiteres erkennbar, zumal vorliegend, wie gezeigt, erhöhte Bestimmtheitsanforderungen gelten. Insbesondere ist nicht ersichtlich, dass ein Wandel der wissenschaftlichen Erkenntnisse in Bezug auf den Genesenenstatus einen derartigen zeitlichen Regelungsdruck erzeugen könnte, dem sich nicht durch eine Anpassung der Rechtsverordnung im regulären Rechtssetzungsverfahren Rechnung tragen ließe. Der parlamentarische Gesetzgeber scheint insoweit jedenfalls nicht von einer besonderen Eilbedürftigkeit auszugehen, da er die Bundesregierung in § 28c Satz 3 IfSG nur unter dem Vorbehalt der Zustimmung von Bundestag und Bundesrat zum Erlass und zur Änderung der Ausnahmerechtsverordnung ermächtigt und dadurch sogar selbst zur Entschleunigung des Rechtssetzungsverfahrens beiträgt.

Nach alledem ergeben sich Zweifel, ob die geänderte Fassung von § 2 Nr. 5 der Ausnahmenverordnung verfassungsrechtlichen Maßstäben genügt.“

Vgl. WD 3-3000-005/22 S. 8 ff.

Abschließend ist mithin festzuhalten, dass die Antragsgegnerin die Entscheidung über die Kriterien von Genesenennachweisen, jedenfalls soweit sie wie hier massiven Grundrechtseinschränkungen nach sich ziehen, keiner nachgeordneten Behörde überantworten darf, da sie so gegen die Wesentlichkeitslehre verstößt. Zudem genügt der Verweis auf die Webseite nicht den Anforderungen, die an eine amtliche Bekanntgabe zu stellen sind.

b.

Das Rechtsstaatsprinzip verlangt ferner, dass Rechtsnormen, insbesondere mit schwerwiegenden Auswirkungen auf Grundrechtsträger, so rechtzeitig verkündet werden, dass sich betroffene Bürger*innen und Unternehmen darauf in zumutbarer Weise einstellen können. Dass eine Neuregelung aufgrund von Politikeräußerungen o. ä. erahnbar sein könnte, ist keine Rechtfertigung für eine fehlende Vorlaufzeit. Denn verbindlich ist lediglich die Rechtsnorm und nicht deren Ankündigung.

Vgl. <https://www.welt.de/debatte/plus236195656/Markus-Soeder-und-der-Trick-mit-den-Corona-Verordnungen-nach-Feierabend.html>

Vorliegend war die Neuregelung weder absehbar noch eindeutig angekündigt. Es hätte hier offenkundig zumindest einer angemessenen **Übergangsfrist** von wenigstens vier Wochen bedurft. Diese ist notwendig, da es den Betroffenen, so auch den Antragstellenden möglich sein muss, ärztlichen Rat einzuholen, ggf. einen Impftermin zu vereinbaren oder – wie hier – eine juristische Überprüfung anzustrengen.

c.

Aus der individuellen Sicht der Bürger*innen bedeutet Rechtssicherheit vor allem **Vertrauensschutz**. Dieser Grundsatz schützt das Vertrauen der Bürger*innen in die Kontinuität von Recht im Sinne individueller Erwartungssicherheit. Im Bereich der Exekutive hat sich schon früh im Zusammenhang mit dem Widerruf rechtmäßiger bzw. der Rücknahme rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte der Grundsatz herausgebildet, dass ein schutzwürdiges Vertrauen des Bürgers in den Fortbestand eines ihn begünstigenden Hoheitsaktes dessen Beseitigung entgegenstehen kann, selbst wenn sie grundsätzlich zulässig und nach dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung sogar geboten wäre.

Vgl. Dürig/Herzog/Scholz/Grzeszick, 95. EL Juli 2021, GG Art. 20 Rn. 69, 95.

Dies äußert sich im Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung sowie der Bestimmung des § 49 VwVfG, die hier analog herangezogen werden kann:

Demnach genießt ein rechtmäßiger begünstigender Verwaltungsakt Bestandsschutz, wenn der Begünstigte von einer durch den Verwaltungsakt begründeten Vergünstigung Gebrauch gemacht hat. Damit wird ein schon vor dem VwVfG anerkannter Faktor des Vertrauensschutzes, das sog. Inswerksetzen, aufgegriffen.

vgl. Stelkens/Bonk/Sachs/Sachs, 9. Aufl. 2018, VwVfG § 49 Rn. 76.

Es droht vorliegend auch kein Schaden für wichtige Gemeinschaftsgüter, da nach Angaben des RKI bereits ab 15 Wochen nach einer zweiten Impfung gegen COVID-19 kein ausreichender Schutz gegen die Omikron-Variante besteht:

<https://www.ndr.de/ratgeber/gesundheit/Corona-trotz-Booster-Wie-schlimm-sind-Impfdurchbrueche,impfdurchbrueche100.html>;
https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/COVID-Impfen/FAQ_Liste_Wirksamkeit.html

Aktuell gelten aber auch Menschen, deren zweite Impfung länger als 15 Wochen her ist als geimpft, obwohl sie faktisch keine ausreichende Immunität mehr haben, und erhalten damit Zutritt zu 2G-Einrichtungen, der der Antragstellerin und der Antragsteller trotz – mutmaßlich sogar besserer – Immunität verwehrt wird.

Ferner ist zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin und der Antragsteller durch Buchung ihrer Reisen bereits erhebliche finanzielle Aufwendungen in Vertrauen auf den Bestand der Rechtslage bzw. eine rechtzeitige Ankündigung bei Änderung getätigt haben.

2.

Die Ungleichbehandlung zwischen Genesenen, bei denen die Erkrankung zwischen drei Monate und sechs Monate zurückliegt, und kürzer Genesenen sowie Doppelt-Geimpften, die sich aus § 2 Nr. 5 SchAusnahmV i. V. m. Webseite des Robert Koch-Instituts www.rki.de/covid-19-genesenennachweis ergibt, ist nicht gerechtfertigt.

Der bekannte Virologe Prof. Dr. Hendrik Streeck bezeichnet das Vorgehen des RKI als „willkürlich“: Es gebe wenige Gründe, Genesene nicht Geimpften gleichzustellen, so Streeck weiter. „Vor allem, da sie in den meisten Fällen eine viel breitere Immunantwort“ hätten: „In der Schweiz wurde der Genesenenstatus jüngst aus guten Gründen auf zwölf Monate verlängert. Dass eben jener Status in Deutschland auf drei Monate verkürzt wird, ist aus meiner wissenschaftlichen Erkenntnis nicht erklärbar.“

Vgl.

<https://www.welt.de/politik/deutschland/plus236317603/Genesenennachweis-Wie-kam-es-zur-ploetzlichen-Verkuerzung-des-Genesenenstatus.html>

Hinzu kommt, dass sich die Mitgliedstaaten der Europäischen Union erst am 25. Januar 2022 und somit bereits nach der Verkürzung des Genesenenstatus in Deutschland darauf geeinigt haben, dass der Genesenenstatus EU-weit **sechs Monate** lang gültig sein soll. Für diese Änderung hat auch die Bundesregierung gestimmt, wie der Business Insider berichtet:

„Muss Deutschland also die national beschlossene Verkürzung nach nur einer Woche wieder einkassieren?

Das ist noch völlig unklar: Im Auswärtigen Amt verweist man aufs Innenministerium, von dort auf das Bundesverkehrsministerium. Und im Bundesgesundheitsministerium wusste man von der Entscheidung der EU scheinbar bis zum späten Nachmittag auch noch nichts. Scurril: Außenministerin Baerbocks Staatsministerin Anna Lührmann stimmte sogar für die Sechs-Monats-Regel.

Ein Sprecher der EU-Kommission stellt aber klar: „Das Mindeste, was wir alle erwarten können, ist, dass die Mitgliedstaaten diese Empfehlung auch umsetzen.“ Der deutsche EU-Parlamentarier Jan-Christoph Oetjen (FDP) forderte im Gespräch mit Business Insider deshalb: „Alleingänge darf es jetzt nicht mehr geben. Die Einigung auf 180 Tage Gültigkeit für ein Genesungszertifikat muss auch von den Staaten gewährleistet werden, welche in den letzten Wochen für eine verkürzte Gültigkeitsdauer geworben haben, das gilt auch für Deutschland.“ Der Kommissions-Sprecher stimmte zu: Da sich die Omikron-Variante mittlerweile in ganz Europa verbreitet habe, soll geprüft werden, die in

einigen Mitgliedstaaten eingeführten Reisebeschränkungen wieder aufzuheben.“

Vgl. <https://www.businessinsider.de/politik/deutschland/in-den-eu-staaten-sind-genesenen-zertifikate-laenger-gueltig-deutschland-braucht-eine-extrawurst-b/>

Gegenüber ntv äußerte Streeck am 19.01.2022 ferner: „Da sind wir gleich bei der Frage, dass man Genesene eigentlich den Geimpften gleichstellen muss.“

<https://www.n-tv.de/panorama/Streeck-erklaert-Ablehnung-der-Impfpflicht-article23069656.html>

Der Epidemiologe Alexander Kekulé erklärte gegenüber der WELT, eine durchgemachte Infektion mit einer früheren Variante schütze bei Omikron zwar kaum gegen die Ansteckung, aber sehr wahrscheinlich recht gut gegen schwere Verläufe. Auch aus seiner Sicht gibt es daher keine wissenschaftliche Begründung dafür, dass der Schutz vor Ansteckung durch Omikron bei Geimpften neun Monate, bei Genesenen aber nur drei Monate halten solle: „Die Verkürzung des Genesenenstatus ist auch deshalb problematisch, weil sich in den kommenden Wochen sehr viele Menschen mit Omikron infizieren werden, die dann natürlich gegen eine weitere Infektion mit Omikron besser geschützt sind als die Geimpften.“

Vgl.

<https://www.welt.de/politik/deutschland/plus236344739/Verkuerzter-Genesenenstatus-Heftige-Kritik-an-Lauterbach-Coup.html>

Berücksichtigt man konsequent alle STIKO-Empfehlungen (auf eine solche stellt das RKI nämlich zur Begründung der Verkürzung des Genesenenstatus u.a. ab) müsste auch die Gültigkeit des Impfzertifikats

bei zweifach Geimpften (Nicht-Geboosterten) auf vier Monate reduziert werden, da diese bereits ab dem vollendeten 3. Monat nach Abschluss der Grundimmunisierung eine Auffrischimpfung empfiehlt:

Beschluss der STIKO zur 16. Aktualisierung der COVID-19-Impfempfehlung

Die STIKO ändert ihre Empfehlung zur COVID-19-Auffrischimpfung hinsichtlich des Impfabstandes. Wie das Epidemiologische Bulletin 2/2022 ausführt, kann die Auffrischimpfung mit einem mRNA-Impfstoff für Personen ≥ 18 Jahre bereits ab dem vollendeten 3. Monat nach Abschluss der Grundimmunisierung verabreicht werden. Personen, die eine labordiagnostisch gesicherte SARS-CoV-2-Infektion durchgemacht haben, sollen bis auf weiteres eine einmalige COVID-19-Impfstoffdosis im Abstand von mindestens 3 Monaten zur Infektion erhalten. Wegen des höheren Risikos für einen schweren COVID-19-Verlauf sollen ältere oder vorerkrankte Personen bei den Auffrischimpfungen unbedingt bevorzugt berücksichtigt werden.

Dieser Artikel wurde am 21.12.2021 online vorab veröffentlicht.

Veröffentlicht: Epidemiologisches Bulletin 2/2022 (PDF, 3 MB, Datei ist nicht barrierefrei)

Stand: 13.01.2022

https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Archiv/2022/02/Art_01.html

Nach Angaben des RKI fällt die Wirksamkeit der Grundimmunisierung (zwei Impfdosen) gegen nun vorherrschende Omikron-Variante nämlich schon zwei bis drei Monate nach der zweiten Impfung stark ab (Hervorhebung durch die Unterzeichnerin):

„Die bisherigen Studien zeigen, dass die Wirksamkeit der COVID-19-Impfung gegenüber jeglicher Infektion und gegenüber symptomatischer Infektion mit der Omikron-Variante im Vergleich zur Delta-Variante reduziert ist. Bei Personen, die bisher zwei Impfstoffdosen (Grundimmunisierung) erhalten haben, scheint die Wirksamkeit zudem **nach 2-3 Monaten stark abzufallen**. Die Wirksamkeit der COVID-19-Impfung gegenüber Hospitalisierung scheint bei Infektion mit der Omikron-Variante reduziert, aber immer noch gut zu sein. Nach Auffrischimpfung wurde ein deutlicher Wiederanstieg der Impfeffektivität für alle Endpunkte beobachtet. Personen mit Auffrischimpfung sind also

deutlich besser vor einer Erkrankung geschützt als Personen mit Grundimmunisierung.“

Vgl. https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/COVID-Impfen/FAQ_Liste_Wirksamkeit.html

Die Studienlage hinsichtlich der Immunität durch Genesung deutet im Übrigen daraufhin, dass diese auch **noch weit über die bisher von der Politik vorgesehenen sechs Monate**, jedenfalls deutlich länger als die aktuellen drei Monate, andauert:

In den ersten Monaten der Pandemie gingen einige Wissenschaftler*innen davon aus, dass eine durchgemachte Infektion mit SARS-CoV2 nur eine kurzlebige schützende Immunität nach sich zieht. Dies beruhte v. a. auf der Beobachtung, dass bestimmte Antikörper-Typen bereits wenige Monate nach der Infektion nicht mehr messbar waren. Diese Einschätzung ist jedoch mittlerweile überholt. In einer Vielzahl von Untersuchungen konnte gezeigt werden, dass eine SARS-CoV-2 Infektion beim Menschen zur Ausbildung immunologischer T-Gedächtniszellen führt, welche der eigentliche Schutzmechanismus des Immunsystems gegen eine erneute Erkrankung sind.

Vgl. z. B. <https://www.nature.com/articles/s41586-021-03647-4> und <https://www.jci.org/articles/view/145516>

Diese Gedächtniszellen sorgen z. B. dafür, dass bei erneutem Kontakt mit dem Erreger sehr schnell Antikörper hergestellt werden, die wesentlich wirksamer sind als die Antikörper, welche direkt nach der ersten Infektion vorhanden waren. So sind sie insbesondere in der Lage, Varianten von SARS-CoV-2 effizient zu neutralisieren (u. a. auch durch sog. Kreuzimmunität). Die zeigten insbesondere diese Studien, in denen Genesene durch eine Impfung erneut mit dem Virus in Kontakt kamen, vgl. z. B. <https://www.science.org/doi/10.1126/science.abh1282>.

Selbst wenn die bei erneutem Virus-Kontakt noch vorhandenen Antikörperspiegel nicht ausreichend hoch sind, um eine Infektion mit SARS-CoV-2 komplett zu verhindern, kann die schnelle Gedächtnisantwort des Immunsystems zumindest dafür sorgen, dass schwere Krankheitsverläufe verhindert werden. Allein die Betrachtung von Antikörpern im Blut hat also nur eine bedingte Aussagekraft.

Diese Datenlage verfestigte sich weiter. Daten aus mehreren Ländern belegen, dass Menschen, die eine SARS-CoV-2 Infektion durchgemacht haben, gegen eine erneute Infektion oder Erkrankung sehr gut geschützt sind, und dass sich dieser Schutz auch auf Virusvarianten, inklusive der Delta-Variante, erstreckt.

Vgl. z. B.
[https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(21\)00575-4/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(21)00575-4/fulltext),
<https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/34048531/> oder
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3790399.

Nach einer Studie aus dem Dezember 2021 aus Katar mit 353.326 Personen hatten 0,3% dieser Genesenen noch einmal eine erneute Infektion durchgemacht, davon hatten 4 Personen einen ernsthaften Verlauf, keiner jedoch musste auf die Intensivstation oder ist verstorben. Der Schutz vor kritischen Erkrankungen (mit Intensivstation) oder einem Todesfall liegt nach diesen Zahlen somit bei 100 %, auch bei einer Reinfektion.

Vgl. <https://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJMc2108120>,
<https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/129425/SARS-CoV-2-Zweitinfektionen-von-Genesenen-verlaufen-meist-milde>

Dass eine durchgemachte Infektion auch nach einem Jahr noch sehr gut vor Reinfektion und schweren Verläufen schützt, zeigen auch Studien aus Israel (August 2021) -

<https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2021.08.24.21262415v1> -
und Frankreich (November 2021) -
<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2666776221002647?via%3Dihub>.

Auch die Studie der US-amerikanischen Gesundheitsbehörde CDC veröffentlicht im Januar 2022 kommt zum selben Ergebnis:

„Zwischen Mai und November 2021 waren die Fall- und Hospitalisierungsraten bei ungeimpften Personen ohne vorherige Diagnose am höchsten. Bevor Delta im Juni die vorherrschende Variante wurde, waren die Fallraten bei Personen, die eine frühere Infektion überlebt hatten, höher als bei Personen, die nur geimpft waren. Anfang Oktober waren die Fallzahlen bei Personen, die eine frühere Infektion überlebt hatten, niedriger als bei Personen, die nur geimpft waren.“

Vgl.

<https://www.cdc.gov/mmwr/volumes/71/wr/mm7104e1.htm#contribAff>

Sogar das Paul-Ehrlich-Institut stellte im Dezember 2021 in einer Studie noch fest:

„Eine hohe Antikörperavidität gegen S/RBD entwickelte sich bei 94,3 % der Patienten nach 430 Tagen stetig. Dies korrelierte mit einem anhaltenden Antikörperrnachweis in Abhängigkeit von der Antikörperbindungseffizienz des Testdesigns. Schwere COVID-19 korrelierte mit einer früheren und höheren Antikörperreaktion, leichte COVID-19 war heterogen mit einem breiten Spektrum von Antikörperreaktivitäten.“

Vgl. <https://europepmc.org/article/PMC/PMC8642248>

Auch die vom RKI nachträglich als Begründung für die Neuregelung herangezogenen Studien beweisen nichts Gegenteiliges. Der FOCUS schreibt dazu:

„Die Experten des Robert-Koch-Instituts (RKI) beriefen sich in der Begründung der neuen Genesenen-Frist auf verschiedenen Quellen:

Zum einen auf eine Begründung der Ständigen Impfkommission zur Verkürzung des zeitlichen Abstands für Auffrischungsimpfungen auf drei Monate. "Personen, die eine labordiagnostisch gesicherte Sars-CoV-2-Infektion durchgemacht haben, sollen bis auf weiteres eine einmalige Covid-19-Impstoffdosis im Abstand von mindestens drei Monaten zur Infektion erhalten", heißt es darin. Daraus schließt das RKI offenbar, dass Genesene ab diesem Zeitpunkt nicht mehr geschützt sind.

Auch zwei britische Publikationen führt das RKI an. Im Rahmen der "SIREN"-Studie untersuchen britische Wissenschaftler regelmäßig das Infektionsgeschehen bei mehr als 40.000 Mitarbeitern im Gesundheitswesen. Hier konnten die Wissenschaftler zwar ermitteln, dass es durch Omikron vermehrt zu Reinfektionen kam. Dass diese insbesondere nach drei Monaten auftraten, lässt sich aus den Daten allerdings nicht herauslesen.

Das vom RKI ebenfalls zitierte "Technical Briefing" der britischen Regierung lässt ebenfalls Schlüsse auf eine erhöhte Reinfektionsgefahr zu. Die britischen Wissenschaftler definieren diese hier als "PCR-positive Infektionen 90 Tage nach einem vorherigen PCR-positiven Datum oder 28 Tage nach Antikörper Positivität im Einklang mit einer früheren Infektion".

Diese Datenlage ist laut Experten allerdings nicht ausreichend, um die Verkürzung des Genesenenstatus' zu begründen. Der Medizin-Statistiker Gerd Antes sagt etwa gegenüber FOCUS Online: "Die vom RKI zitierten Arbeiten sind nicht dazu geeignet, eine Reduzierung des Genesenen-Status auf drei Monate zu rechtfertigen."

Vgl. https://www.focus.de/gesundheit/news/immun-status-gilt-nur-noch-drei-monate-daten-rechtfertigen-keine-verkuerzung-experten-zerlegen-verkuerzte-genesenen-regel_id_44524051.html

„Es sei "schon verwunderlich", warum etwa die Schweiz die Situation anders interpretiere als Deutschland. [...]

In einer neuen Stellungnahme der Experten-Gruppe um den Infektiologen Matthias Schrappe zur Corona-Strategie ist zu lesen: "In Italien, Frankreich und Österreich gilt der Genesenenstatus 6 Monate, in der Schweiz bislang sogar 12 Monate (wenn durch einen Antikörpertest nach 3 Monaten eine ausreichende Immunität nachgewiesen wird). Dass dieser Status in Deutschland auf 3 Monate verkürzt wird, ist wissenschaftlich schwer nachzuvollziehen, daran ändern auch die vom RKI angeführten Studien nichts, die diesen Schritt belegen sollen."
[...]

Selbst innerhalb des Expertenrats der Bundesregierung ist der Schritt des RKI nicht unumstritten. Der Virologe Hendrik Streeck sagt zu FOCUS Online: „Ich sehe bei der Verkürzung der Genesenen-Dauer Diskussionsbedarf. Mit den verschiedenen Virusvarianten und den möglichen Kombinationen von Genesenen und Geimpften, also Genesen von einer Alpha Variante und reinfiziert mit Omikron, ist die Datenlagen natürlich unübersichtlich. Trotz allem zeigen alle Daten durch

die Bank, dass im Durchschnitt der Schutz vor einem schweren Verlauf nach einer Infektion sehr gut ist. Der Schutz vor einer Infektion ist vergleichbar mit dem Schutz nach der Impfung.““

Vgl.

https://www.focus.de/gesundheit/coronavirus/medizinisch-schwer-begruendbar-kaum-genesene-auf-intensivstation-aerzte-kritisieren-rki-kuerzung-beim-immun-status_id_41655332.html

Mehr Berücksichtigung sollte auch der Umstand finden, dass auf den Intensivstationen wohl so keine Genesene liegen:

„FOCUS Online hat beim RKI und beim Bundesgesundheitsministerium nachgefragt, wie hoch der Anteil der Genesenen an den Krankenhaus- und Intensiv-Patienten ist. Eine Antwort darauf hatten weder das Ministerium noch das RKI.

Der Mediziner Thomas Voshaar hat sich nun einen ersten Überblick verschafft. Der Chefarzt der Lungenklinik am Bethanien-Krankenhaus Moers wurde bekannt durch das "Moerser Modell", das durch eine möglichst geringe Beatmungs-Quote von intensivmedizinisch behandelten Covid-19-Patienten die Überlebensrate erhöht. Jüngst lieferte sich Voshaar in der "Zeit" ein Streitgespräch mit dem Weltärztepräsident Frank Ulrich Montgomery.

Voshaar hat seit dem Beginn der Pandemie 2020 zahlreiche Covid-19-Patienten in seiner Klinik behandelt - und dabei fiel ihm auf, dass kein einziger der schwer erkrankten Männer und Frauen auf der Intensivstation vor ihrer Aufnahme in der Klinik schon einmal eine Corona-Infektion durchgemacht hatten.

Er nutzte deshalb sein deutschlandweites Netzwerk von Krankenhaus-Medizinern und fragte 17 Kliniken nach ihren Erfahrungen zu diesem Thema ab. 13 davon antworteten und stellten anonymisiert Daten zur Verfügung. Das Ergebnis:

"Abgesehen von einigen Fällen auf einer Normalstation und einem unklaren Status gab es in den Kliniken keine Schwerkranken bzw. auf den Intensivstationen keine Fälle von wegen einer Covid-19-Erkrankung behandelten Patienten, die bereits vorher einmal genesen waren", berichtet Voshaar.

Die Kliniken, die Voshaar abfragte, lagen im Raum Stuttgart, Solingen, Kleve, Köln, Kassel, Nürnberg, Berlin, Dortmund, Hamburg, Hannover und in Moers. Auch wenn es sich um keine bundesweit repräsentative Erhebung handle, hält Voshaar die Rückmeldungen aus den angefragten Kliniken für einen klaren Hinweis darauf, dass eine bereits durchgemachte Infektion tatsächlich ein guter Schutz vor Covid-19 ist - und die Verkürzung des Genesenen-Status damit medizinisch schwer begründbar sei.

Man müsse nach seiner Meinung schon sehr klar unterscheiden, ob man von einer Reinfektion bzw. nur einem positiven Testergebnis spreche oder ob eine Reinfektion auch zu einer schweren Erkrankung führe. "Es ist wirklich fatal, dass wir immer noch nicht über ausreichend Daten verfügen, um solche weitreichenden Entscheidungen auf einer soliden Basis treffen zu können", ärgert sich der Mediziner."

Vgl.

https://www.focus.de/gesundheit/coronavirus/medizinisch-schwer-begrundbar-kaum-genesene-auf-intensivstation-aerzte-kritisieren-rki-kuerzung-beim-immun-status_id_41655332.html

Auch die Berliner Zeitung beleuchtete das Thema und titelte: „Mediziner: keine bekannten Fälle von Genesenen auf Intensivstationen“ (<https://www.berliner-zeitung.de/news/genesene-schutz-vor-infektion-ist-vergleichbar-mit-schutz-nach-impfung-li.208171>).

Kritik kam diesbezüglich auch aus der Politik, verbunden mit der Forderung, die Verkürzung des Genesenenstatus, für die, wie dargelegt insbesondere im Vergleich zu der Gruppe der doppelt Geimpften kein einziges wissenschaftliches Argument streitet, rückgängig zu machen (<https://www.br.de/nachrichten/deutschland-welt/genesenenstatus-rufe-nach-verlaengerung-auf-sechs-monate,SvcERE8>).

Die Ungleichbehandlung ist nach alledem sachlich nicht begründet. Der Antragstellerin und dem Antragsteller wird gleichheitswidrig eine Begünstigung vorenthalten bzw. diese ihnen gleichheitswidrig entzogen.

Die Ungleichbehandlung insbesondere zwischen Nicht-mehr Genesenen im Rahmen der ehemals geltenden sechs Monate und vollständig Geimpften ist offenkundig nicht verhältnismäßig, bzw. vielmehr stellt sie sich – was höchst selten der Fall ist – sogar als **willkürlich** dar, da sie angesichts evident fehlender Notwendigkeit der Verkürzung des Genesenenstatus bzw. einer Impfung trotz Genesung vor weniger als sechs Monaten aus wissenschaftlicher Sicht unangemessen schwerwiegende Auswirkungen auf die Gestaltung von Privat- und des Berufsleben der Betroffenen hat. Wie oben bereits ausgeführt, sind die Antragstellerin und der Antragsteller massiv in ihrem Familien-, Freizeit- und Berufsleben eingeschränkt.

Da die Antragstellerin und der Antragsteller berufliche und private Nachteile durch einen fortwährenden Ausschluss aus dem öffentlichen Leben befürchten müssen, die auf Dauer unzumutbar sind, würde eine Hinnahme der aktuellen Rechtslage bzw. ein etwaiges Unterliegen in

diesem Verfahren dazu führen, dass sie faktisch nicht frei entscheiden können, ob sie sich impfen lassen.

Die sich so entfaltende indirekte Impfpflicht verletzt die Antragstellerin und den Antragsteller in ihrem Recht auf Selbstbestimmung über die körperliche Integrität sowie ihrem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Dieser Eingriff lässt sich schon deshalb nicht rechtfertigen, da die Covid-19-Impfung keinen Fremdschutz im Sinne einer sterilen Immunität vermitteln (<https://www.deutschlandfunk.de/impfstrategie-fuer-corona-100.html>), sondern in erster Linie, wenn nicht gar ausschließlich, ein Selbstschutz darstellt.

Die Juristin Prof. Dr. Katrin Gierhake arbeitete bereits im Mai 2021 Kriterien für eine staatliche Impfpflicht heraus (ZRP 2021, 115, 116), die hier allesamt **nicht** vorliegen:

1. Es müsste die Notwendigkeit der flächendeckenden Impfung bestehen (also eine Bedrohungslage, die die Inpflichtnahme der gesamten Bevölkerung gestattet).
2. Die Impfstoffe müssten effektiv Infektionen verhindern und damit auch die Weitergabe des Virus an andere, weil der reine Selbstschutz keine Impfpflicht begründen kann.
3. Die Impfstoffe müssten idealerweise ein Leben lang Schutz vor Infektionen bzw. vor der Weitergabe des Virus bieten.
4. Die Impfstoffe dürften keine oder nur geringe Nebenwirkungen haben.
5. Dies müsste nicht nur für die unmittelbare Verträglichkeit in den ersten Wochen nach der Impfung, sondern auch im Hinblick auf Langzeitfolgen erwiesen sein.

Bei summarischer Prüfung sind diese Voraussetzungen zum jetzigen Zeitpunkt entweder klar zu verneinen oder im Hinblick auf noch fehlende empirische Erkenntnisse nicht mit Gewissheit zu bejahen oder zu verneinen: Da es auch und gerade bei den meisten Risikogruppen nach derzeitigem Wissenstand keine Kontraindikationen für eine Impfung zum Selbstschutz gibt (insb. können und sollen sich auch ältere und vorerkrankte Personen nach Aussage des RKI/der STIKO impfen lassen),⁸ ist eine Bedrohungslage, die eine Impfpflicht rechtfertigen würde, eher zu verneinen. Ob die Impfstoffe Infektionen und die Weitergabe des Virus verhindern, ist zurzeit nicht erwiesen.⁹ Dasselbe gilt für die Frage, für wie lange eine Impfung ihre Schutzwirkung entfaltet. Im Hinblick auf die Nebenwirkungen stehen durchaus erhebliche, nicht nur geringe Nebenwirkungen im Raum.¹⁰ Langzeitstudien gibt es wegen der vergleichsweise kurzen Zulassungsphasen bisher nicht, so dass keine Aussagen über mögliche Spätfolgen der Impfungen möglich sind.¹¹

Sie weist in ihrem Fazit ferner darauf hin, dass es die Aufgabe des Staates sei, die **Freiwilligkeit der individuellen Impfentscheidung** zu gewährleisten.

Genau diese ist hier aber gerade bedroht. Die Antragstellerin und der Antragsteller möchten sich derzeit nicht impfen lassen und haben somit bei der herrschenden Rechtslage lediglich die „Wahl“, massive berufliche und private Nachteile hinzunehmen oder sich entgegen ihrem ausdrücklichen Willen und dem wissenschaftlichen Erkenntnisstand alsbald impfen zu lassen.

Äußerst kritisch zur inzwischen erwogenen Impfpflicht äußerte sich auch der Chefredakteur der LTO am 26.01.2022 (<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/corona-impfpflicht-grundrechte-verfassungswidrig-verfassungsmaessig-omikron/>) und auch die Rechtsprofessorin Frauke Rostalski, die sich als eine von vier Ethikrat-Mitgliedern gegen eine Impfpflicht ausgesprochen hat, erläuterte jüngst umfassend ihre Rechtsansicht (<https://www.berliner-zeitung.de/politik-gesellschaft/ethikrat-professorin-die-gewichtigen-gruende-die-gegen-impfpflicht-sprechen-li.204832>).

Der Antragstellerin und dem Antragsteller ist eine nicht freiwillige Impfung zum verfahrensgegenständlichen Zeitpunkt im Ergebnis nicht zuzumuten.

Dies auch vor dem Hintergrund, dass davon auszugehen ist, dass beide durch die Genesung bereits eine andauernde und aktuell noch sehr wirksame Grundimmunisierung erworben haben, die das Risiko eines schweren Verlaufs einer erneuten Covid-19-Erkrankung erheblich reduziert und auf der anderen Seite aber jede Impfung erneut das Risiko von Nebenwirkungen in sich birgt.

Schließlich weist die Antragsgegnerin selbst darauf hin, dass statistisch bei einem von 5000 Geimpften eine „schwerwiegende Nebenwirkung“

auftritt. Damit handelt es sich zwar um eine „seltene“, aber dafür umso
gravierendere Nebenwirkung

(https://www.facebook.com/Bundesregierung/posts/4587120738046293&show_text=true&width=500).

Diesem Risiko dürfen die Antragstellerin und der Antragsteller nicht
erzwungenermaßen ausgesetzt werden.

3.

Die aus § 2 Nr. 5 SchAusnahmV i. V. m. Webseite des Robert Koch-
Instituts www.rki.de/covid-19-genesenennachweis sowie § 2 Nr. 8
CoronaEinreiseV i. V. m. Webseite des Robert Koch-Instituts
www.rki.de/covid-19-genesenennachweis resultierende
Ungleichbehandlung ist im Ergebnis formell und materiell rechtswidrig;
dem Eilantrag ist daher vollumfänglich stattzugeben.

IV.

Da aufgrund der Schwere der Grundrechtseingriffe durch 2G-
Regelungen, die auf die beanstandete Ungleichbehandlung
zurückzuführen sind, sowie der drohenden Absonderungspflicht
aufgrund der §§ 2 Nr. 8, 4 Abs. 2 Satz 1 CoronaEinreiseV andernfalls
effektiver Rechtsschutz zu versagen droht, wird beantragt,

1. der Antragsgegnerin eine Frist zur Stellungnahme bis
längstens zum 03.02.2022 einzuräumen;
2. den Antragsteller über die seitens des Senats erfolgte
Fristsetzung in Kenntnis zu setzen.

Die Frist ist angemessen, da der Antrag nicht nur aufgrund der
Verstöße gegen das Rechtsstaatsprinzip offensichtlich begründet ist,
sondern auch bewusst knappgehalten wurde und andernfalls
fachgerichtlicher Rechtsschutz kaum mehr zu erlangen wäre.

Diesseits wird zudem zugesichert, binnen 24 Stunden nach Übermittlung der Stellungnahme abschließend zu replizieren.

Jessica Hamed
Rechtsanwältin