

Per beA

Sächsisches Obergerverwaltungsgericht
Ortenburg 9
02625 Bautzen

DR. SUSANNE POHLE
RECHTSANWÄLTIN
FACHANWÄLTIN FÜR VERWALTUNGSRECHT

ERIK JOCHEM
RECHTSANWALT
TÄTIGKEITSSCHWERPUNKT
VERWALTUNGSRECHT
DIPLOM-ÜBERSETZER

3 B 119/21
AKTENZEICHEN

0065-21/EJ

BEARBEITER

Erik Jochem

SEKRETARIAT

DATUM

22.03.2021

In dem Rechtsstreit

H., Kim u.a. ./ Freistaat Sachsen

schließen sich hiermit die Eltern der Antragstellerin, Frau H. und Herr H. als Antragsteller zu 2) und 3) dem Antrag ihrer Tochter an.

Wir tragen ergänzend vor:

1.

Während § 28 des Infektionsschutzgesetzes von notwendigen Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung ansteckender Krankheiten gegenüber Störern (bis hin zu Ansteckungsverdächtigen) spricht, betrifft die Kann-Vorschrift in § 28a Abs. 1 Infektionsschutzgesetz Maßnahmen gegenüber Nichtstörern.

Maßnahmen nach § 28a Infektionsschutzgesetz auch in Form von Verordnungen stehen unter dem Gebot ordnungsgemäßer Ermessensausübung unter besonderer Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit.

2.

Ordnungsgemäße Ermessensausübung setzt in Anbetracht der Betroffenheit von Grundrechten insbesondere die Berücksichtigung aller wesentlichen Tatsachen im Rahmen der Abwägung für oder gegen einschränkende Maßnahmen voraus.

Dies ist angesichts der Komplexität eines epidemiologischen Geschehens nicht einfach und erfordert sicherlich eine plural organisierte wissenschaftliche Beratung, die gegenwärtig aber in keiner Art und Weise stattfindet.

https://www.focus.de/gesundheit/news/klaus-stoehr-virologe-kritisiert-corona-entscheider-regierung-stuetzt-sich-auf-falsches-berater-konzept_id_13082092.html

Gerade angesichts der Komplexität der aufgeworfenen Fragen sind fortgesetzte Überlegung und Überprüfung des eingeschlagenen Weges unabdingbar.

a)

Dass als einziges Ermessenskriterium die sog. Inzidenz – und etwa nicht auch die Zahl der tatsächlich Erkrankten oder die Kapazitätsauslastung in den Kliniken - herangezogen wird, hatten wir bereits kritisiert.

Betrachtet man das Intensivregister für Sachsen, ergibt sich tagesaktuell ein Anteil der belegten Intensivbetten mit Covid-19 Patienten von 15.3 % und ein freier Intensivbettenanteil von über 25 %.

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

Von einem bevorstehenden Zusammenbruch des Gesundheitssystems kann daher kaum die Rede sein.

Ein entscheidendes Defizit der Inzidenzen, wie sie derzeit benutzt werden, ist die fehlende Vergleichbarkeit der jeweils ermittelten Werte, weil es an einem gemeinsamen Vergleichsmaßstab (tertium comparationis) fehlt.

Weder finden die Testungen jeweils in gleicher Anzahl (geschweige denn in einem bevölkerungsrepräsentativen Korpus – was grundsätzlich möglich wäre) statt, noch wird die Zahl positiv-getesteter jeweils ins Verhältnis zur Zahl negativ-getesteter (die Anzahl der jeweils insgesamt durchgeführten Testungen ist unbekannt) gesetzt (Positivtest Quote).

Die Aussagekraft absoluter Inzidenzwerte im zeitlichen Ablauf ohne Angabe der Positivtest-Quote ist daher deutlich begrenzt – Maßnahmen, die ausschließlich auf absolute Inzidenzwertzahlen gestützt werden, sind schon unter diesem Gesichtspunkt zweifelhaft.

Die besondere Betroffenheit des Berchtesgadener Landes in Bayern von hohen Inzidenzwerten im Vergleich zum Bundesschnitt erklärt sich etwa auf Grund einer ungewöhnlich hohen Anzahl durchgeführter Tests (bei erheblicher Dunkelziffer) und relativiert sich bei Einbeziehung der Negativergebnisse schlagartig, wie ein Mathematikstudent vorrechnet:

<https://www.youtube.com/watch?v=qj-1f5pyqN8nitt>

Im Sinne der Verhältnismäßigkeit sind daher auf absolute Inzidenzwerte gestützte Maßnahmen mit der Einschränkung grundrechtsgleicher Rechte (Art 29 Abs. 1 Sächs. Verfassung) unvereinbar.

b)

Dass Covid-19 keine absolut gefährliche Krankheit darstellt, hatten wie ebenfalls bereits ausgeführt.

Die relative Gefährlichkeit der Krankheit rührt vielmehr von ihrer Neuheit (am wahrscheinlichsten ist wohl ihre Entstehung durch Zoonose – dem Übersprung auf den Menschen infolge Siedungsdruck auf tierische Lebensräume), weil das menschliche Immunsystem auf das neue Virus noch nicht eingestellt ist.

Es ist also nicht so, als könne das für den Menschen neue Virus vom menschlichen Immunsystem nicht bewältigt werden – das Gegenteil ist richtig. In den allermeisten Fällen verläuft die Infektion und damit die Bildung von Antikörpern und der Aufbau natürlicher Immunität problemlos.

Der Aufbau dieser natürlichen Immunität ist insbesondere für die Volksgesundheit – die Gesundheit des Kollektivs - wichtig, weil natürlich erworbene Immunität eine natürliche Barriere gegen die Weiterverbreitung durch die Gesellschaft legt.

Es ist also paradoxerweise so, dass gerade die Weiterverbreitung des Virus einen entscheidenden Beitrag zur Nicht-Weiterverbreitung der Krankheit (§ 28 Infektionsschutzgesetz) leistet.

Dieser wichtige Aspekt ist als Ermessenserwägung des Verordnungsgebers nicht ersichtlich.

Anstatt die unumgängliche und mögliche Symbiose des Virus und des Menschen zu denken, vertritt der Verordnungsgeber einen manichäischen und mechanistischen Ansatz, als ginge es darum das Virus auszurotten, statt eine natürliche Anpassung zu ermöglichen.

Die Neuheit eines Keimes oder Virus für den menschlichen Organismus ist phylogenetisch nichts Neues – jeder kindliche Organismus erlebt dies im Laufe seiner Entwicklung. Auch hier gilt paradoxer Weise, dass aseptische Verhältnisse die Entwicklung einer natürlichen Immunabwehr verhindern, wichtig ist demgegenüber gerade die Exposition.

Die vom Verordnungsgeber vertretene weitgehend unbedingte Vermeidung von Exposition gerade von Schulkindern und Jugendlichen und die Fixierung auf synthetische Immunität durch

Impfungen schon während der Pandemie (d.h. bevor die Erkrankung endemisch wird), verhindern dabei aber nicht nur den natürlichen Erwerb von Immunität, sondern führen möglicherweise auch zu einem Selektionsdruck auf das Virus hin zu immer gefährlicheren Varianten im Vergleich zur Spezifik des Impfschutzes nur gegenüber bestimmten Varianten.

Geert van den Bosche:

https://youtu.be/rHN9K40_aTo (Einführung in deutscher Sprache)

https://mcusercontent.com/92561d6dedb66a43fe9a6548f/files/ee29efbe-ffaf-4289-8782-d323642a0072/concern_about_using_current_Covid_19_vaccines_for_mass_vaccination_in_the_midst_of_a_pandemic_Geert_Vanden_Bossche.pdf

Auszug:

The bottom-line is that I don't see how mass vaccination campaigns would not lead to a disastrous aggravation of the Covid-19 pandemic. However, no one else seems to realize; instead, vaccinologists, clinicians and scientists are merely focusing on the (positive) short-term results and impact at an individual level. Nobody seems to be looking at the consequences and risk at a human population level (which, according to my understanding, will become manifest quite soon). Why is nobody worried about 'immune escape' whereas Covid-19 has already escaped people's innate immunity as reflected by multiple emerging, much more infectious, viral variants (most likely due to the global implementation of infection prevention measures)? Vaccine deployment in the ongoing mass immunization campaigns are highly likely to further enhance (adaptive) immune escape as none of the current vaccines will prevent replication/ transmission of viral variants. The more we use these vaccines for immunizing people in the midst of a pandemic, the more infectious the virus will become. With increasing infectiousness comes an increased likelihood of viral resistance to the vaccines. **It's not exactly rocket science, it's a basic principle taught in a student's first vaccinology class: One shouldn't use a prophylactic vaccine in populations exposed to high infectious pressure (which is now certainly the case as multiple highly infectious variants are currently circulating in many**

parts of the world). To fully escape selective immune pressure exerted by vaccinal antibodies, Covid-19, a highly mutable virus, only needs to add another few mutations in its receptor-binding domain ...I am beyond worried about the disastrous impact this would have on our human 'race'. Not only would people lose vaccine-mediated protection but also their precious, variant-non-specific(!), innate immunity will be gone (this is because vaccinal antibodies outcompete natural antibodies for binding to Covid-19, even when their affinity for the viral variants relatively low)

Geert van den Bosche:

Es handelt sich hier nicht um hochkomplizierte Wissenschaft, sondern um Stoff impfwissenschaftlicher Anfängervorlesungen: Impfungen sollten nicht in einem Umfeld hohen Infektionsdrucks, der derzeit auf Grund der Zirkulation hoch ansteckender Varianten weltweit sicherlich herrscht, stattfinden.

befürchtet eine Überlagerung der natürlich erworbenen Immunität und Abwehrfähigkeit gegen das Virus durch Impfungen in der laufenden Pandemie (was möglicherweise für eine Beschränkung der Impfkampagne auf den Kreis der Risikogruppen spricht). Die Impfung gegen eine bestimmte Virusvariante schalte die körpereigene variantenunspezifische Immunität gegen Covid-19 aus – Mutationen des Virus überwinden so nicht nur die Impfbarriere, sondern auch die natürlich erworbene unspezifische Immunität.

Natürlich kann weder der Senat noch der Verfasser die Validität dieser Einschätzung tatsächlich beurteilen.

Tatsache ist aber, dass der Komplexität der Verhältnisse im Kinder – und Jugendbereich durch die einfache Devise: „Grundsätzliche (von vorneherein auf Wechselunterricht beschränkte) oder inzidenzwertabhängige Kontaktvermeidung bis zur Impfung“ nicht angemessen Rechnung getragen wird.

Die gesundheitspolitische Aufgabe des Ordnungsgebers besteht nicht darin, die grundsätzlich mögliche natürliche Anpassung der Bevölkerung an das Virus mit Blick auf eine zukünftige

Impfung als alleinseligmachendem Schutz zu verhindern, sondern auch diese natürliche Anpassung zu fördern und zu ermöglichen und dabei die Interessen der Risikogruppen durch entsprechende Schutzmaßnahmen angemessen zu berücksichtigen.

Es geht darum, die Verbreitung des Virus zu akkomodieren, nicht, es zu vernichten. Auch im Bereich der Grippe wird nicht jeweils die ganze Bevölkerung geimpft, sondern die möglichen Risikopatienten nach ihrer persönlichen Wahl.

Die natürlich erworbene Immunität ist eine wichtiges gesundheitspolitisches Reservoir, das nicht einfach zu Gunsten technokratischer Phantasien über „durchgeimpfte“ Bevölkerungen preisgegeben werden darf.

Kinder, die mangels Exposition ihr Immunsystem nicht angemessen entwickeln könnten, bleiben ihr ganzes Leben auf aseptische Lebensumstände angewiesen, eine Bevölkerung, die keine natürliche Immunität gegen Covid-19 erwürbe, auf Dauer auf Kontaktvermeidung und einen dauernden Wettlauf um neue Impfstoffe.

Um ein Bild zu benutzen: Bei den meisten Menschen – zumal jüngeren - ist das Immunsystem so gut ausgebildet, dass es durch Exposition auf Immunität trainiert werden kann. Dieses Training unter allen Umständen zu verhindern (jede Infektion als Katastrophe zu behandeln), verzögert die notwendige Anpassung an das Virus und verlängert die Pandemie. Es kann daher epidemiologisch nicht darum gehen, jede Ansteckung um ihrer selbst willen unbedingt zu verhindern – im Gegenteil. Wichtig ist, den Schutz der Risikogruppen wirksam zu organisieren und es Eltern übergangsweise freizustellen, ob ihre Kinder am Präsenzunterricht teilnehmen.

c)

Unbeschadet der Entwicklung (und Berechnung) der Inzidenzen hängt deren Gefährlichkeit ersichtlich davon ab, wie weit der Schutz der Risikogruppen – sei es durch praktische Maßnahmen wie Testung, sei es durch Impfung – fortgeschritten ist.

Mit Rücksicht auf die betroffenen Grundrechte ist der Verordnungsgeber daher gehalten, als Grundlage der Fortschreibung von Maßnahmen den erreichten Stand zu evaluieren: Inwieweit ist die „Spitze der Pandemie“ in Sachsen durch Impfung der Bewohner von Alten- und Pflegeheimen sowie des älteren Teils der Bevölkerung und anderer Risikogruppen (z.B. Menschen mit Autoimmunschwäche) „gebrochen“ (Bundesgesundheitsminister) oder nicht?

Maßnahmen einfach immer nur aufrechtzuerhalten, weil das Virus nicht „endgültig besiegt“ ist, ist im Hinblick auf die relative Ungefährlichkeit des Virus für Nichtrisikogruppen und den wünschenswerten natürlichen Erwerb von Immunität deutlich unterkomplex.

Soweit ersichtlich spielt das erreichte Schutzniveau durch Impfungen in Sachsen bei der Entscheidung über grundrechtsrelevante Maßnahmen bislang nicht die geringste Rolle.

Die streitige Maßnahme ist daher wegen fehlerhafter Ermessensausübung rechtswidrig.


Erik Jochem
Rechtsanwalt