

DR. IUR. H. C. GERHARD STRATE
KLAUS-ULRICH VENTZKE

RECHTSANWÄLTE

DR. IUR. H.C. GERHARD STRATE
KLAUS-ULRICH VENTZKE
JOHANNES RAUWALD
RECHTSANWÄLTE

An das
Verwaltungsgericht Hamburg
Kammer 21
Lübeckertordamm 4
20099 H a m b u r g

Hamburg, am 11.04.2021/gs

Aktenzeichen: 21 E 1603/21

In der Verwaltungsrechtssache

Gerhard Strate ./ Freie und Hansestadt Hamburg

begründe ich die Beschwerde gegen den Beschluss der Kammer vom 08.04.2021 (und bitte zugleich um Weiterleitung dieses Schriftsatzes an das Hamburgische Oberverwaltungsgericht):

1. Ausblendung wissenschaftlicher Erkenntnisse durch die Antragsgegnerin

Mit der Achtunddreißigsten Verordnung zur Änderung der Hamburgischen SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung wird angestrebt,

„... der akuten Ausweitung des Infektionsgeschehens und dem exponentiellen Wachstum der Neuinfektionszahlen in der Freien und Hansestadt Hamburg wirksam entgegenzutreten und eine Überlastung des Gesundheitssystems zu verhindern.“¹

Das Verwaltungsgericht sieht sich unter Berufung auf eine Nichtannahme-Entscheidung der 1. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts² berechtigt, wegen der im fachwissenschaftlichen Diskurs auftretenden Ungewissheiten und der deshalb zu konstatierenden unsicheren Entscheidungsgrundlage der Antragsgegnerin einen tatsächlichen Entscheidungsspielraum zuzubilligen. Das Bundesverfassungsgericht hat in dieser am 13.05.2020 getroffenen Entscheidung allerdings schon auf folgendes hingewiesen:

„Freilich kann dieser Spielraum mit der Zeit – etwa wegen besonders schwerer Grundrechtsbelastungen und wegen der Möglichkeit zunehmender Erkenntnis – geringer werden.“³

Fast ein Jahr nach dieser Kammer-Entscheidung des BVerfG ist der Erkenntnisstand der Wissenschaft erheblich weiter, zwar nicht im Hinblick auf die „**genauen Infektionsquellen**“⁴, wohl aber lassen sich die Kontaktbereiche mit der größten Infektionsdichte aufgrund wissenschaftlicher Untersuchungen klar bezeichnen. Das ist vor allem das Verdienst einer im Januar 2021 in der Zeitschrift „Science“ veröffentlichten Studie von 12 chinesischen und vier amerikanischen Wissenschaftlern unter dem Titel „*Transmission heterogenities, kinetics, and controllability of SARS-CoV-2*“⁵. Diese Studie beruht auf einer genauen Analyse der epidemiologischen Aufzeichnungen von 1178 SARS-CoV-2- infizierten Individuen und 15.648 engen Kontakten dieser Personen mit anderen in dem Zeitraum vom 16. Januar bis zum 3. April 2020 in Wuhan. Zur leichteren Zugänglichkeit füge ich eine Ablichtung dieser Mitte Januar 2021 veröffentlichten Studie als

A n l a g e 1

¹ HmbGVBl. 2021, S. 176.

² BVerfG, Beschluss v. 13.05.2020 – 1 BvE 1021/20 (bei Juris, Rdnr. 110)

³³ BVerfG a.a.O.

⁴⁴ VG Hamburg, Beschluss v. 08.04.2021 – 21 E 1603/21, S. 11 (meine Hervorhebung).

⁵ Sun et al., Science **371**, 254 (2021).

bei. Ihr zufolge gilt generell,

„... that household contacts pose the highest risk of transmission followed by extended family, social, and community contacts“⁶

(Übersetzt: „... dass Kontakte im Haushalt dem höchsten Risiko ausgesetzt sind, gefolgt von erweiterten familiären und sozialen Kontakten ...“) ⁷

Es ist dort folgende Aussage festgehalten:

„The risk of transmission in the household increases during the lockdown period, likely because of increased contact frequency at home as a result of physical confinement. By contrast, the transmission risk decreases for community and social contacts during lockdown, possibly because of the adoption of prudent behaviors such as mask wearing, hand washing, and coughing-sneezing etiquette.“⁸

(Übersetzt: „Im Haushalt nimmt während der Phase eines Lockdowns das Risiko einer Übertragung zu, wahrscheinlich aufgrund vermehrter Kontakte als Folge der körperlichen Eingeschlossenheit. Im Gegensatz hierzu vermindert sich das Übertragungsrisiko bei sozialen Kontakten⁹ während des Lockdowns bei Beachtung vorsichtiger Verhaltensweisen, so das Tragen von Masken oder das Waschen der Hände oder der Rücksichtnahme beim Husten und Niesen.“)

Warum wird diese Studie in der Stellungnahme der Antragsgegnerin und auch den Erläuterungen zur neuesten Fassung der Eindämmungsverordnung nicht zitiert? Es ist eine Untersuchung, die mit Blick auf die Zahl der Teilnehmer und die Dauer der Beobachtung den Standards einer Kohorten-Studie nahekommt. Sie enthält hinsichtlich des von privaten Haushalten ausgehenden höchsten Infektionsrisikos gesicherte Erkenntnisse, denen in der fachwissenschaftlichen Literatur bislang niemand entgegengetreten ist¹⁰. Meint die Antragsgegnerin, sie könne diese Studie einfach übergehen? Meint die Antragsgegnerin etwa, die Haushalte von Chinesen seien nicht mit Haushalten in den westlichen Ländern zu vergleichen? Die

⁶ Anlage 1, S. 2.

⁷ Der Originaltext unterscheidet zwischen „social and community contacts“; in der Übersetzung habe ich dies unter den gemeinsamen Begriff der „sozialen Kontakte“ gefasst.

⁸ Anlage 1, S. 2.

⁹ Gemeint sind hiermit natürlich soziale Kontakte **außerhalb** des Haushalts.

¹⁰ Auch die Graphiken des RKI zeigen regelmäßig die privaten Haushalte als den stärksten Infektionstreiber; vgl. RKI, COVID-19-Lagebericht vom 06.04.2021, S. 13.

amerikanischen Wissenschaftler aus Bloomington und Boston, die an dieser Studie mitgewirkt haben, unter ihnen der international anerkannte Physiker und Epidemiologe Alessandro Vespignani¹¹, sahen das offenbar anders.

Die Antragsgegnerin lässt die unangefochtenen Erkenntnisse aus dieser Studie völlig ausgeblendet. Stattdessen ist in der Begründung zur neuesten Fassung der Eindämmungsverordnung folgendes zu lesen:

„Die nächtliche Ausgangsbeschränkung dient damit dem Schutz von Leben und Gesundheit der Bürgerinnen und Bürger und der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems (,,). Wissenschaftliche Untersuchungen zu der Wirksamkeit von regulatorischen Maßnahmen zur Eindämmung des Coronavirus belegen, dass unter diesen die Ausgangsbeschränkungen, die Schließung von Einrichtungen mit Publikumsverkehr sowie die Beschränkungen von großen Personenversammlungen und Personenansammlungen in kleinen Räumen zu den wirksamsten Maßnahmen zählen (...).“¹²

Ärgerlich ist bei dieser zusammenfassenden Einschätzung schon der Umstand, dass die Verhängung von Ausgangssperren¹³ für private Haushalte und die Schließung von Einrichtungen mit Publikumsverkehr in einem Atemzug genannt werden. Die Ausgangssperre betrifft eines der elementarsten Grundrechte des Bürgers, nämlich seine Bewegungsfreiheit – auf dessen Ausübung der Bürger jedenfalls für ein Drittel des Tages künftig bei Strafe der Zuwiderhandlung verzichten muss. Dies ist in der Eingriffsdichte nicht zu vergleichen mit dem fehlenden Zutritt zur Staatsoper oder zu einem Fußballstadion¹⁴. Diese unpassende gleichzeitige Aufzählung verschiedenartigster regulatorischer Maßnahmen soll vorerst hingenommen werden. Als **einzigen** wissenschaftlichen Beleg für ihre Wirksamkeit zitiert die Begründung folgende Quelle:

„vgl. Haug, Geyrhofer, Londei, ,Dervic, Desvars-Larrive, Thurner und Klimek, in: Nature Human Behavior, 2020, IV, S. 1303 ff, abrufbar unter <https://www.nature.com/artivles/s41562-020-01009-0>“

¹¹ Vgl. nur: https://en.wikipedia.org/wiki/Alessandro_Vespignani

¹² HmbGVBl. 2021, 178.

¹³ Um die Wahl der Begrifflichkeit soll es hier keinen Streit geben. Wenn das VG aber meint, im Hinblick auf die verschiedenen Ausnahmeregelungen nur von Ausgangs**beschränkungen** reden zu dürfen, sei dem schlicht entgeggehalten: Jeder Bürger der nach 21 Uhr und vor 5 Uhr des Folgetags außerhalb seines Haushalts angeht, muss hierfür einen triftigen Grund haben und den auf Befragen der Ordnungskräfte auch angeben. Nicht, ob er einen triftigen Grund hat, sondern ob die Ordnungskräfte den angegebenen Grund als triftigen gelten lassen, entscheidet über seine weitere Präsenz an der frischen Luft. Der Begriff einer **Ausgangssperre** trifft diese Situation besser.

¹⁴ Ausgangssperren hat es in Hamburg zuletzt während des zweiten Weltkrieges und unmittelbar danach während der Besatzungszeit gegeben.

Bei der Lektüre der zitierten Abhandlung zeigt sich jedoch: Sie ist gerade **kein** Beleg für die jetzt angeordneten Ausgangsbeschränkungen. Zwar wird erwähnt, dass in einigen beobachteten Ländern Schulschließungen und Ausgangssperren auch dazu beitragen, die Zahl der Infektionen zu senken, doch in der Auswertung der in verschiedenen Studien niedergelegten Erkenntnisse wird vor diesen Maßnahmen ausdrücklich gewarnt:

„However, such radical measures have adverse consequences. School closure interrupts learning and can lead to poor nutrition, stress and social isolation in children. Home confinement has strongly increased the rate of domestic violence in many countries, with a huge impact on women and children, while it has also limited the access to long-term care such as chemotherapy, with substantial impacts on patients' health and survival chance. Governments may have to look towards less stringent measures, encompassing maximum effective prevention but enabling an acceptable balance between benefits and drawbacks.“

(Übersetzt: „Solche radikalen Maßnahmen haben jedoch nachteilige Folgen. Die Schließung der Schule unterbricht das Lernen und kann bei Kindern zu schlechter Ernährung, Stress und sozialer Isolation führen. Die häusliche Einschließung hat in vielen Ländern die Rate häuslicher Gewalt stark erhöht, was enorme Auswirkungen auf Frauen und Kinder hat, und gleichzeitig den Zugang zu Langzeitpflege wie Chemotherapie eingeschränkt, was erhebliche Auswirkungen auf die Gesundheit und die Überlebenschancen der Patienten hat. Die Regierungen müssen möglicherweise weniger strenge Maßnahmen ergreifen, die eine maximale wirksame Prävention umfassen, aber ein akzeptables Gleichgewicht zwischen Vor- und Nachteilen ermöglichen.“

Zum Zwecke schneller Überprüfung des von der Antragsgegnerin in der Begründung der Verordnung platzierten **Falschzitats** füge ich einen Ausdruck dieser Abhandlung ebenfalls als

A n l a g e 2

bei¹⁵.

¹⁵ Die hier wie auch schon in der Anlage 1 angebrachten einzelnen gelben Markierungen sind von dem Unterzeichner.

Was ist das **Ergebnis**?

Die Antragsgegnerin verfolgt mit ihrer achtstündigen Ausgangssperre den **Zweck**,

„... der akuten Ausweitung des Infektionsgeschehens und dem exponentiellen Wachstum der Neuinfektionszahlen in der Freien und Hansestadt Hamburg wirksam entgegenzutreten und eine Überlastung des Gesundheitssystems zu verhindern.“¹⁶

Die Antragsgegnerin hat für die Erwartung, dass die Ausgangssperre tatsächlich **geeignet** ist, diesen Zweck zu erreichen, keinen tragfähigen Beleg vorgelegt. Die einzige wissenschaftliche Quelle, die sie für sich in Anspruch nimmt, ist ein **Falschzitat**.

Die einzig tragfähige Quelle, die sich mit dem Infektionsgeschehen in privaten Haushalten befasst – nämlich die Wuhan-Studie von chinesischen und amerikanischen Wissenschaftlern aus dem Januar 2021 (Anlage 1) – wird von ihr **ignoriert**. Nach den Ergebnissen dieser Studie sind die privaten Haushalte die stärksten Treiber der Pandemie. Die Ergebnisse dieser Studie werden – soweit erkennbar – nirgendwo in der Wissenschaft in Frage gestellt; sie werden auch durch die Lageberichte des Robert-Koch-Instituts und die darin veröffentlichten Schaufeln bekräftigt.

Sind aber die privaten Haushalte die stärksten Treiber der Pandemie, dann besteht nicht nur die Möglichkeit, sondern sogar eine gewisse Wahrscheinlichkeit, dass die nunmehr auf die Dauer von acht Stunden täglich staatlicherseits verordnete Klausur im privaten Haushalt das Infektionsgeschehen befördert und nicht etwa eindämmt.

Selbst wenn der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz schon greifen soll, wenn nur die **Möglichkeit einer Zweckerreichung** besteht¹⁷, so bestehen selbst für die bloße Möglichkeit der Zweckerreichung keinerlei Anhaltspunkte. Im Gegenteil: Angesichts der vorliegenden wissenschaftlichen Erkenntnisse spricht alles dafür, dass die Ausgangssperre nicht den erwünschten, sondern den gegenteiligen Effekt, nämlich einen Zuwachs der Infektionszahlen, zur Folge haben wird.

¹⁶ HmbGVBl. 2021, S. 176.

¹⁷ BVerfGE 138, 136, 189 (Rdnr. 139); 142, 268, 288 (Rdnr. 69)

2. Die durch das Coronavirus bedingte Gefahrenlage – eine exponentielle Entwicklung?

Es ist dem Verwaltungsgericht zuzustimmen, dass nicht allein die zunehmende Verfügbarkeit von Schnell- und Selbsttests einen Beitrag zu den steigenden Zahlen erfasster Neuinfektionen leistet.

Hierbei kann bei der Einschätzung der tatsächlichen Gefahrenlage der sog. Inzidenzwert nur ein Anhaltspunkt sein. Sowohl seine Erhebung als auch seine Meldung an das Robert-Koch-Institut ist von schwankender Verlässlichkeit. Heute (am 11.04.2021) liegt er in Hamburg bei 139,9. Vor sechs Wochen (am 01.03.2021) lag er bei 80,3¹⁸. Das bedeutet eine beachtliche, aber keine „exponentielle“ Steigerung. Hierfür spricht auch, dass der Reproduktionswert weiterhin um 1 liegt¹⁹.

Gewichtiger sind die Zahlen der in den Krankenhäusern intensiv-medizinisch behandelten COVID-19-Fälle. Diese stieg bundesweit von 2.862 (am 01.03.2021) auf 4.514 (am 10.04.2021)²⁰, in Hamburg von 87 (am 01.03.2021) auf 107 (10.04.2021). Auch dieser Werte zeigen eine beachtliche, aber keine „exponentielle“ Steigerung.

Bemerkenswert ist hierbei folgendes: Die Grafik des DIVI-Intensivregisters zeigt bundesweit für den 01.08.2020 noch 19.849 belegte Betten und 10.318 freie Betten, also insgesamt 31.167 gemeldete Intensivbetten. Für den 01.01.2021 zeigt die Grafik nur noch 3.873 freie Betten und 19.835 belegte Betten, also eine Reduktion der gemeldeten Intensivbetten von 31.167 auf 23.708. Diese Zahlen bleiben in den folgenden Monaten in einer relativ konstanten Relation zueinander. Am 10.04.2021 standen 3.119 freie Betten zur Verfügung; belegt waren 20.586; die Gesamtzahl der gemeldeten Intensivbetten beläuft sich nunmehr auf 23.705.

In Hamburg zeigt sich ebenfalls ein erheblicher Schwund an gemeldeten Intensivbetten zwischen dem 01.08.2020 und dem 01.01.2021: Am 01.08.2020 gab es noch 301 freie Betten, während 552 belegt waren, insgesamt als 853 gemeldete Intensivbetten. Am 01.01.2021 gab es hingegen nur noch 80 freie Betten und 450 belegte Betten, also insgesamt 530 gemeldete Intensivbetten. Diese Relation wird bis heute fortgeführt: am 10.04.2021 stehen 74 freie Betten zur Verfügung, 491 sind belegt; insgesamt stehen also im Moment 565 Intensivbetten zur Verfügung.

¹⁸ <https://www.hamburg.de/corona-zahlen/>

¹⁹ https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Apr_2021/2021-04-05-de.pdf?__blob=publicationFile (S. 6 und 7).

²⁰ <https://www.intensivregister.de/#/aktuelle-lage/zeitreihen>

(Unter „FAQ“ bemüht sich das DIVI-Intensivregister um eine Erklärung dieses Betenschwundes, die nur teilweise plausibel ist – was aber hier nicht vertieft werden muss.²¹⁾

Entscheidend für die Beurteilung der tatsächlichen Gefahrenlage ist vor allem folgendes: Nach einer Hochrechnung des Statistischen Bundesamtes (Destatis) sind in der zweiten Märzwoche (8. bis 14. März 2021) in Deutschland 18.906 Menschen gestorben. Diese Zahl liegt 12 % oder 2.591 Fälle unter dem Durchschnitt der Jahre 2017 bis 2020 für diese Kalenderwoche. Dies geht aus einer Sonderauswertung der vorläufigen Sterbefallzahlen hervor²².

Das Statistische Bundesamt hat die Veröffentlichung einer erneuten (auf die Todesfallzahlen im März bezogenen) Sonderauswertung für den Dienstag dieser Woche (den 13.04.2021) angekündigt. Es wird **angeregt**, vor einer Entscheidung über diesen Antrag noch diese Veröffentlichung abzuwarten.

Es ist zu erwarten, dass die aktualisierten Zahlen diesen Trend, nämlich ein Absinken der Sterblichkeitszahlen, bestätigen. Dieser hängt damit zusammen, dass die Grippe, die im Jahre 2017 nach Schätzungen des RKI noch ca. 25.100 Todesfälle bewirkt hat²³, als Krankheit, zur Zeit jedenfalls, nahezu völlig von der Bildfläche verschwunden ist. In dem aktuellen Influenza-Bericht des RKI²⁴ heißt es zu den akuten Atemwegserkrankungen (ARE=Grippe):

„Die ARE-Rate liegt weiterhin unter den Werten der Vorsaisons auf einem extrem niedrigen Niveau.“

Eine Beurteilung der Gefahrenlage, die sich allein auf das Coronavirus fokussiert und völlig aus dem Blick nimmt, dass eine andere Geißel – das Grippevirus in seinen verschiedenen Spielarten – uns zur Zeit völlig verschont hat, ist einseitig und gibt keine ausreichende Grundlage für schwerwiegende Grundrechtseingriffe wie die hier angegriffene Ausgangssperre.

Der Rechtsanwalt

²¹ <https://www.intensivregister.de/#/faq/3133a8a1-bd98-40ff-a073-b98116c4b5de>

²² https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2021/03/PD21_156_12621.html

²³ <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/106375/Grippewelle-war-toedlichste-in-30-Jahren>

²⁴ https://influenza.rki.de/Wochenberichte/2020_2021/2021-10.pdf