

**KANZLEI FÜR ARBEITSRECHT  
HELMUT P. KRAUSE  
RECHTSANWALT UND FACHANWALT FÜR ARBEITSRECHT  
TÄTIGKEITSSCHWERPUNKT: KÜNDIGUNGSSCHUTZRECHT**

Rechtsanwalt Krause · Frühlingstrasse 29 · 82178 Puchheim

Bayerischer Verfassungsgerichtshof  
vorab per Telefax: 089 5597 3986  
Prielmayerstraße 5  
80335 München

www.rakrause.de  
82178 Puchheim  
Frühlingstrasse 29  
Telefon (089) 123 87 54  
Telefax (089) 123 87 58  
info@rakrause.de

8. Februar 2021  
AGG27/KE

**EILT! Bitte sofort vorlegen!**

**Vf. 98-VII-20**

In Sachen Antrag

1. des Helmut P. Krause, Frühlingstraße 29, 82178 Puchheim
3. und andere

vom 12. November 2020

auf Feststellung der Verfassungswidrigkeit

1. der Achten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (8. BayIfSMV) vom 30. Oktober 2020 (BayMBI Nr. 616, BayRS 2126-1-12-G).
2. der Zehnten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (10. BayIfSMV) vom 8. Dezember 2020 (BayMBI Nr. 711, BayRS 2126-1-14-G).
3. der Elften Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (11. BayIfSMV) in der Fassung vom 28. Januar 2021 (BayMBI. 2021 Nr. 75)

und Anhörungsrüge

Hiermit wird die bereits erhobene

## **ANHÖRUNGSRÜGE**

betreffend die Entscheidung des BayVerfGH vom 01.02.2021 um folgende Punkte ergänzt.

Nach Art. 91 Abs. 1 BV hat jedermann vor Gericht das Recht auf rechtliches Gehör.

Mit der Entscheidung zur Ablehnung einer Außervollzugsetzung vom 01.02.2021 hat der BayVerfGH das rechtliche Gehör der Antragsteller in entscheidungserheblicher Weise verletzt. Die Entscheidung über die Ablehnung einer Außervollzugsetzung ist unanfechtbar. Das Verfahren hinsichtlich des einstweiligen Rechtsschutzes ist mit der Entscheidung vom 01.02.2021 beendet.

Das rechtliche Gehör der Antragsteller wurde in entscheidungserheblicher Weise verletzt, da **auch nachfolgender** entscheidungserheblicher Sachvortrag und die dazu vorgelegten Beweise entweder gar nicht oder nur unzureichend berücksichtigt wurde:

### **I. Nichtberücksichtigung der belegten hohen Fehlerquote von PCR-Tests**

Der BayVerfGH hat in seiner Entscheidung vom 01.02.2021 außer Acht gelassen, dass die Unzuverlässigkeit der Ergebnisse aus den PCR-Tests bereits in der Praxis offen zu Tage getreten ist und damit nicht mehr nur eine Theorie in der Wissenschaft geblieben ist.

So wurde vorgetragen, dass ein großes bayerisches Labor bei Corona-Tests reihenweise falsch positive Ergebnisse hervorgebracht hat. Bei Nachprüfung in einem Krankenhaus im oberbayerischen Taufkirchen/Vils ist aufgefallen, dass sich 58 von 60 positiven Tests als falsch positiv herausgestellt haben (Quelle: <https://www.rnd.de/panorama/corona-panne-in-bayern-58-von-60-positiven-tests-falsch-GTBN7TQEKVB7N6S2ZVRNVC6CGI.html>).

Auch bei Profifußballspielern ergab eine Nachtestung, dass der zunächst durchgeführte PCR-Test falsch positiv war. So gab es falsch positive PCR-Tests beim FC Bayern Spieler Serge Gnabry, bei den Würzburger Kickers und beim 1. FC Heidenheim (Quelle: <https://www.faz.net/aktuell/sport/fussball/fussballvereine-von-falsch-positiven-corona-tests-betroffen-17019023.html>).

Dabei berücksichtigt der BayVerfGH hier auch nicht, dass nur Profi-Fußballer in den Genuss einer Nachtestung kommen und der Normalbürger das zweifelhafte Ergebnis des ersten PCR-Tests akzeptieren muss und sich in Quarantäne begeben muss. Angesichts der Tatsache, dass zwischenzeitlich auch die WHO in ihrer am 20.01.2021 veröffentlichten Informationsnotiz bei Personen mit positivem PCR-Test ohne klinische Symptome einen zweiten Test fordert, sollten Personen ohne klinische Symptome nicht mehr als „Fallzahlen“ erfasst werden (Quelle: <https://www.who.int/news/item/20-01-2021-who-information-notice-for-ivd-users-2020-05>).

## I. **Nichtberücksichtigung der Stellungnahme der Bayerischen Landesärztekammer zur Aussagekraft des PCR-Tests**

Die Bayerische Landesärztekammer bezog am 10.10.2020 zur Aussagekraft eines PCR-Tests Stellung. Nach Ansicht der Bayerische Landesärztekammer sind PCR-Tests, die **mehr als 35 Zyklen fahren, nicht aussagekräftig**, da der Patient laut führenden Virologen in der Regel dann eine geringe Viruslast in sich trägt, die mit großer Wahrscheinlichkeit nicht vermehrungsfähig ist (<https://www.blaek.de/meta/presse/presseinformationen/presseinformationen-2020/aussagekraft-von-pcr-tests-auf-sars-cov-2-erhoehen>).

Diese Stellungnahme der Bayerischen Landesärztekammer stimmt mit den Feststellungen des Berufungsgerichts in Lissabon überein. Das dortige, nun auch rechtskräftige Urteil stellte fest: „Auf der Grundlage der **derzeit verfügbaren wissenschaftlichen Beweise** ist dieser Test an und für sich **nicht in der Lage, zweifelsfrei festzustellen, ob die Positivität tatsächlich einer Infektion** mit dem SARS-CoV-2-Virus entspricht, und zwar aus mehreren Gründen, von denen zwei von vorrangiger Bedeutung sind: Die Zuverlässigkeit des Tests hängt von der **Anzahl der verwendeten Zyklen sowie von der vorhandenen Viruslast** ab.“ Das Gericht geht davon aus, dass „wenn eine Person durch den PCR-Test als positiv getestet wird, wenn ein Schwellenwert von 35 Zyklen oder höher verwendet wird (wie es in den meisten Labors in Europa und den USA die Regel ist), die Wahrscheinlichkeit, dass diese Person infiziert ist, weniger als drei Prozent beträgt und die Wahrscheinlichkeit, dass das Ergebnis ein falsch positives ist, 97 Prozent beträgt“ (Quelle: <https://tkp.at/2020/11/17/portugiesisches-berufungsgericht-haelt-pcr-tests-fuer-unzuverlaessig-und-hebt-quarantaene-auf/>).

PCR-Tests, die auf mehr als 35 Zyklen eingestellt sind wie etwa der PCR-Test von Prof. Drosten mit 45 Zyklen, dürfen nach diesen Aussagen der Bayerischen Landesärztekammer in Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht in Lissabon nicht mehr verwendet werden und können nicht als „Fallzahlen“ erfasst werden und auch nicht Eingang in den 7-Tage-Inzidenzwert finden.

Hätte der BayVerfGH die Stellungnahme der Bayerischen Landesärztekammer berücksichtigt, hätte er zu dem Ergebnis kommen müssen, dass Ergebnisse aus PCR-Tests, die auf mehr als 35 Zyklen eingestellt sind, nicht als „Fallzahlen“ gezählt werden dürfen. Auch eine Erfassung des Ergebnisses von solchen PCR-Tests im 7-Tage-Inzidenzwert ist nicht zulässig. Die Basis für die Grundrechtseingriffe ist damit weggefallen, da die Zuverlässigkeit der „Fallzahlen“ und des 7-Tage-Inzidenzwert in Frage steht. Beruhen doch die „Fallzahlen“ und der 7-Tage-Inzidenzwert auf Ergebnissen von PCR-Tests, die auch mehr als 35 Zyklen verwenden.

## II. **Nichtberücksichtigung des widersprüchlichen Verhaltens der Bundesregierung zur Frage einer erforderlichen Schließung von Einzelhandel und Friseur**

Der BayVerfGH berücksichtigt das widersprüchliche Verhalten der Bundesregierung in seiner Entscheidung vom 01.02.2021 nicht. So wurde im September 2020 vom Bundesminister für Gesundheit, Jens Spahn, noch gesagt, dass man mit dem Wissen von heute

keinen Einzelhandel und keinen Friseur mehr schließen müsse. Ebenso gab der Bundesminister für Wirtschaft, Peter Altmaier, noch im Oktober 2020 an, dass sich die Infektionen nicht im Einzelhandel ereigneten. Wenige Wochen später wurden aber dann doch von der Bundesregierung mit den Regierungschefs der Länder die Schließung von Einzelhandel und Friseur beschlossen. Für diesen plötzlichen Umschwung muss es eine plausible Erklärung geben. Die Regierung bleibt weiterhin eine Erklärung, inwiefern sich neue Erkenntnisse hinsichtlich Ansteckung im Einzelhandel und Friseur ergeben hätten, schuldig. Das Prinzip von „venire contra factum proprium“ gilt auch vor dem Verfassungsgericht. Dieses widersprüchliche Verhalten, das vorgetragen wurde, hätte der BayVerfGH in seiner Entscheidung vom 01.02.2021 berücksichtigen müssen.

ZEIT ONLINE



ZEIT ONLINE



Corona-Beschränkungen

## Bundesgesundheitsminister schließt zweiten Lockdown aus

Die Infektionszahlen sind gestiegen, Jens Spahn ist aber zuversichtlich: Mit den jetzigen Hygienemaßnahmen müsse "kein Friseursalon, kein Einzelhandel" mehr schließen.

2. September 2020, 1:05 Uhr / Quelle: ZEIT ONLINE, dpa,

Corona-Gipfel

## Bund und Länder einigen sich auf Lockdown ab Mittwoch

Läden schließen, Kinder sollen zu Hause bleiben: Angela Merkel und die Länderchefs haben einen Lockdown beschlossen. An Silvester gelten strenge Kontaktbeschränkungen.

13. Dezember 2020, 11:16 Uhr / Quelle: ZEIT ONLINE, dpa,

@argonerd

WELT

ABO



VIDEO

ALTMAIER IM WELT-INTERVIEW

## „Wir haben bemerkt, dass Einkaufen in Geschäften nicht der Infektionsgrund ist“

Veröffentlicht am 20.10.2020



Die Innenstädte sind von der Corona-Krise besonders betroffen. Massive Einschränkungen und Sperrstunden in Corona-Hotspots sorgen für heftige Verluste und bedrohen die Existenz zahlreicher Geschäfte. Wirtschaftsminister Altmaier fordert kreative Lösungen.

Frankfurter Allgemeine

Inland

LOCKDOWN

## Geschäfte sollen schon zur Wochenmitte schließen

AKTUALISIERT AM 12.12.2020 - 22:35



Im „Lockdown Light“ wurde der Einzelhandel von den coronabedingten Schließungen ausgenommen.

Bild: DPA  
@argonerd

### III. Nichtberücksichtigung des epidemiologischen Bulletins vom 15.04.2020 des RKI betreffend Wirksamkeit des 1. Lockdowns

Der BayVerfGH stützt seine Entscheidung nur auf die Einschätzung des RKI, jedoch lässt er dabei – wie bereits ausgeführt – widersprüchliche Angaben des RKI, einen Interessenkonflikt am RKI und auch manche Dokumente des RKI unberücksichtigt.

Ein Dokument des RKI, das der BayVerfGH z.B. außer Betracht gelassen hat, ist das epidemiologische Bulletin vom 15.04.2020.

(Quelle: [https://edoc.rki.de/bitstream/handle/176904/6650.2/17\\_2020\\_2.Artikel.pdf?sequence=3&isAllowed=y](https://edoc.rki.de/bitstream/handle/176904/6650.2/17_2020_2.Artikel.pdf?sequence=3&isAllowed=y) ).

Insbesondere auf folgende Grafik in diesem epidemiologischen Bulletin sei hier nochmals hingewiesen:

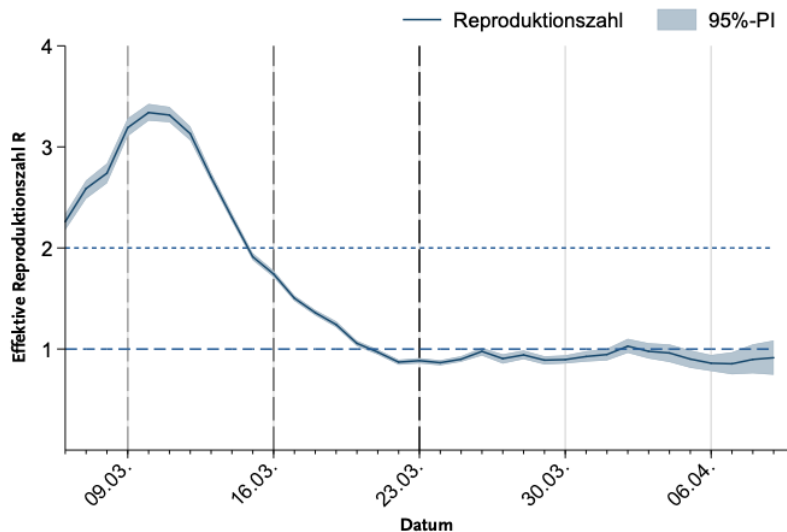


Abb. 4 | Schätzung der effektiven Reproduktionszahl R für eine angenommene Generationszeit von 4 Tagen. Die gestrichelten vertikalen Linien kennzeichnen den Start der in Tab. 1 (S. 15) genannten Maßnahmen am 9. März, 16. März und 23. März 2020.

Aus dieser Grafik ist klar zu erkennen, dass der R-Wert bereits vor dem erste Lockdown unter 1 lag. Der erste Lockdown war damit ohne jede Wirkung, da er zu spät kam. Die Wirkungslosigkeit des ersten Lockdowns ergibt sich bereits aus dem epidemiologischen Bulletin des RKI vom 15.04.2020.

Helmut P. Krause  
Rechtsanwalt