

**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

10. Februar 2021
AGG28/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 nichtbestehenden Ansteckungsgefahr durch asymptomatische Menschen

In keiner Weise geht der BayVerfGH in seiner Entscheidung vom 01.02.2021 darauf ein, dass vorgetragen und belegt wurde, dass von asymptomatischen Menschen keine Ansteckungsgefahr ausgeht. Bei Berücksichtigung dieses belegten Vortrags hätte der BayVerfGH zum Ergebnis kommen müssen, dass sämtliche Maßnahmen gegenüber asymptomatischen Menschen offensichtlich unverhältnismäßig sind.

Als Beleg hierfür wurde eine Studie angeführt, die die Ergebnisse eines massiven COVID-19-Tests in China analysierte, der fast alle Einwohner der Stadt Wuhan einschloss. Diese Studie fand **keinen Beweis dafür**, dass **asymptomatische positive Corona-Fälle die Krankheit weiterverbreiten** (Originalstudie: <https://www.nature.com/articles/s41467-020-19802-w>).

Die Studie von Prof. Drosten vom 15. Mai 2020, veröffentlicht in „The Lancet“, enthält sowohl in sich als auch im Verhältnis zum Fallbericht vom 03. Februar 2020 zahlreiche Ungereimtheiten, die bereits an anderer Stelle aufbereitet worden sind (<https://www.corodok.de/die-legende-uebertragung/>). Der von Prof. Drosten behauptete Fall der asymptomatischen Übertragung durch eine Frau aus Wuhan erwies sich im Nachhinein als unzutreffend, da diese Frau sehr wohl Symptome aufwies. Dies wurde vom BayVerfGH in keiner Weise berücksichtigt.

Zudem deckt sich diese Studie auch mit der bereits angeführten Informationsnotiz der WHO, welche am 20.01.2021 veröffentlicht wurde. Die WHO geht darin davon aus, dass Menschen ohne klinische Symptome kaum ansteckend sind und fordert auch bei positiv getesteten Menschen ohne klinische Symptome einen Zweittest.

I. Nichtberücksichtigung der geringen Ansteckungsgefahr durch Kinder und Jugendliche

Der BayVerfGH geht in seiner Entscheidung vom 01.02.2021 in keiner Weise darauf ein, dass vorgetragen wurde, dass von Kindern und Jugendlichen kaum eine Ansteckungsgefahr ausgeht, sondern dass Kinder und Jugendliche das Infektionsgeschehen eher bremsen.

Folgende fünf Studien wurden hierzu angeführt:

- Süddeutsche Zeitung - Kinder bremsen laut Studie das Virus aus; Quelle: <https://www.sueddeutsche.de/gesundheit/schulen-kinder-sachsen-corona-normalbetrieb-1.4965841>;
- Aargauer Zeitung - Daniel Koch kontert Kritik nach deutscher Studie zu Ansteckung bei Kindern; Quelle: <https://www.aargauerzeitung.ch/schweiz/daniel-koch-kontert-kritik-nach-deutscher-studie-zu-ansteckung-bei-kindern-137763304>;
- LMU-Klinikum - Münchner Virenwächter-Studie zeigt keine Corona-Neuinfektionen; Quelle: <https://www.lmu-klinikum.de/aktuelles/pressemitteilungen/munchner-virenwachter-studie-zeigt-keine-corona-neuinfektionen/7c019f3e6890ec46> ;
- Schweizer Radio und Fernsehen - „In keinem Fall wurde das Virus von jungen Menschen übertragen“; Quelle: <https://www.srf.ch/news/international/corona-bilanz-in-norwegen-in-keinem-fall-wurde-das-virus-von-jungen-menschen-uebertragen>;
- zdf - Corona-Schulstudie - Epidemiologe: Schulöffnungen berechtigt; Quelle: <https://www.zdf.de/nachrichten/panorama/coronavirus-schulstudie-epidemiologe-gerardkrause-100.html>.

Hätte der BayVerfGH – wie vorgetragen und belegt – berücksichtigt, dass Kinder und Jugendliche kaum am Infektionsgeschehen teilnehmen, hätte er zum Ergebnis kommen müssen, dass die Schließung von Schulen und Kindergärten unverhältnismäßig ist.

II. Hinweis auf Entscheidung des BVerfG

Zuletzt weise ich auf die Entscheidung des BVerfG vom 08.02.2021 hin, wobei sich gegen den Beschluss des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 29. Januar 2021 - 20 NE 21.201 - wenden, mit dem ihr Antrag auf vorläufige Außervollzugsetzung von §18 Abs. 1 und §19 Abs. 1 der Elften Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung abgelehnt wurde (Quelle: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2021/02/rk20210208_1bvr024221.html).

Zwar hat das BVerfG die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen, weil keine Anhörungsrüge durchgeführt wurde. Diese Hürde dürfte vorliegend mit Durchführung einer Anhörungsrüge nach Art. 30 Abs. 1 VfGHG iVm § 152a Abs. 1 VwGO genommen sein.

Das BVerfG rügt allerdings, dass sich der BayVGH nicht ausreichend mit Aussagen des RKI zum Infektionsgeschehen an Schulen auseinandergesetzt habe. In dem Beschluss vom 08.02.2021 lautet es:

„Der Verwaltungsgerichtshof hat seine Annahme, Schulen trügen maßgeblich zum Infektionsgeschehen bei, neben der Entscheidung des Gesetzgebers, Schulen als Einrichtungen mit besonderer Relevanz für die Transmission von Infektionskrankheiten (§ 33 IfSG)

und die Schließung von Schulen als notwendige Schutzmaßnahme zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 einzustufen (§28a Abs. 1 Nr. 16 IfSG), vor allem auf eine entsprechende Einschätzung des Robert-Koch-Instituts gestützt, da dieses nach § 4 Abs. 1 IfSG zur Beurteilung der pandemischen Situation berufen sei.

Die Beschwerdeführer hatten demgegenüber mehrere Aussagen des Robert-Koch-Instituts und des Behördenleiters anlässlich einer Pressekonferenz am 19. November 2020 zum Infektionsgeschehen an geöffneten Schulen genannt, die für sich genommen die Annahme des Gerichts in Frage stellen könnten. Die Gründe des angegriffenen Beschlusses lassen **keine ausreichende Auseinandersetzung des Gerichts mit diesen Aussagen erkennen. Dazu hätte jedoch Anlass bestanden.**

Angesichts der Bedeutung, die der Verwaltungsgerichtshof der Einschätzung des Robert-Koch-Instituts zum Einfluss öffentlicher Schulen auf das Infektionsgeschehen beimisst, dürfte es sich um einen **wesentlichen Kern** des tatsächlichen Vorbringens der Beschwerdeführer **zu einer für das Verfahren zentralen Frage** handeln. Eine Auseinandersetzung mit dem Vorbringen der Beschwerdeführer dürfte sich auch nicht angesichts der vom Verwaltungsgerichtshof selbst zitierten Publikation des Robert-Koch-Instituts erübrigen haben. Denn in dieser Publikation wird lediglich die Zahl der an das Institut übermittelten COVID-19-Fälle unter anderem an Schulen genannt, diese Zahlen werden jedoch nicht hinsichtlich der Frage bewertet, welche Bedeutung geöffnete Schulen auf das Infektionsgeschehen haben. Eine solche Bewertung lässt sich auch dem angegriffenen Beschluss nicht entnehmen. In Randnummer 33 werden neuere Studien aus dem Ausland zwar zitiert, nicht aber ausgewertet und ihre Relevanz für das Beschwerdevorbringen erläutert.“

Entsprechend hat sich der BayVerfGH vorliegend nicht mit den widersprüchlichen Angaben des RKI zu den Fallzahlen, zur Risikobewertung, zur Wirksamkeit des Lockdowns und zur Intransparenz der Erfassung der Ergebnisse aus rückgestauten Proben auseinandergesetzt. Einerseits wertet das RKI alle positiven Testergebnisse als Fallzahlen. Andererseits führt es selbst aus, dass es nur bei 28,78 % der positiven Testergebnisse von dem Vorliegen einer Infektion ausgeht.

Der Risikobewertung des RKI widersprechen das RKI-Dokument, wonach der Altersmedian der COVID-19-Toten bei 84 Jahren liegt und die Grafik aus dem Grippeweb, wonach es 2020 nicht mehr akute Atemwegserkrankungen gab als in den Vorjahren. Zudem verweist das RKI in seinen Lageberichten auf das DIVI-Intensivregister. Schon aus diesem Grund zählen die Grafiken des DIVI-Intensivregisters zu offiziellen behördlichen Angaben.

Letztlich ergibt sich aus dem epidemiologischen Bulletin des RKI vom 15.04.2020, dass der R-Wert bereits vor dem 1. Lockdown unter 1 lag. Aus einem vorgetragenen Lagebericht des RKI ergibt sich ein erheblicher Probenrückstau. Das RKI legt nicht transparent dar, wie die Ergebnisse der rückgestauten Proben in den 7-Tage-Inzidenzwert einfließen. Wegen § 28a Abs. 3 IfSG dürften Ergebnisse aus Proben, die älter als sieben Tage sind, nicht mehr als Neuinfektionen berücksichtigt werden. Zuletzt wurde dargelegt, dass das RKI bislang von der Nutzung von FFP2-Masken durch Privatpersonen abgeraten hat (vgl. Screenshot der FAQs).

Es ist davon auszugehen, dass der BayVerfGH zumindest berücksichtigen muss, wenn Maßnahmen der Staatsregierung den Empfehlungen der WHO widersprechen. Ebenso muss der BayVerfGH Stellungnahmen von Landesregierungen wie des Berliner Senats zur Aussagekraft eines PCR-Tests und die Aktennotiz der Sächsischen Staatskanzlei zu

den Masken berücksichtigen. Die Auseinandersetzung mit vorgetragene Entscheidungen des BVerfG und von Oberverwaltungsgerichten ist für den BayVerfGH Pflicht.

Helmut P. Krause
Rechtsanwalt