

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

25. März 2021
AGG330/KE

EILT! Bitte sofort vorlegen!

Vf. 98-VII-20

In der Sache

1. Helmut P. Krause, Frühlingstraße 29, 82178 Puchheim

- Popularkläger, Antragsteller und Prozessbevollmächtigter
der weiteren Popularkläger und Antragsteller -

2.

- Popularkläger und Antragsteller -

3. und andere (Namen werden nachgereicht)

- Popularkläger und Antragsteller -

gegen

Freistaat Bayern, vertreten durch das Bayerische Staatsministerium für Gesundheit und
Pflege

- Popularkbeklagter und Antragsgegner -

wegen

Nichtigkeit der 12. BayIfSMV und einstweilige Anordnung

Hiermit lehnen die Antragsteller die Richterin am BayVerfGH Kornpropst, den Richter am BayVerfGH Schmitz und den Präsidenten am BayVerfGH Küspert wegen Besorgnis der Befangenheit nach Art. 9 VfGHG iVm § 24 Abs. 2 StPO ab.

Die Besorgnis der Befangenheit stützt sich hinsichtlich der Richter am BayVerfGH Kornpropst, Schmitz und Küspert auf den Beschluss vom 22.03.2021, mit dem den Antragstellern ein Kostenvorschuss in Höhe von 1.500 € auferlegt wird. Die Voraussetzungen von Art. 27 Abs. 1 S. 2 VfGHG liegen offenkundig nicht vor, da die Anträge auf einstweilige Anordnung zulässig und offensichtlich begründet sind. Die **offenkundig falsche Anwendung von Art. 27 Abs. 1 S. 2 VfGHG** stellt eine **willkürliche Verfahrensweise** dar, die die Besorgnis der Befangenheit begründet (vgl. Bayerisches Oberstes Landesgericht, wistra 2002, 196 (dort bereits der Anschein der Willkür ausreichend); LG Hamburg StV 2004, 590). Zudem ist die Auslegung von Art. 27 Abs. 1 S. 2 VfGHG völlig abwegig und begründet auch deshalb die Besorgnis der Befangenheit (vgl. BGH NJW 1984, 1904, 1909).

Als weiterer Umstand kommt hinzu, dass sich die Richter am BayVerfGH Schmitz, Kornpropst und Küspert für den Beschluss vom 22.03.2021 elf Tage nach Eingang der Anträge Zeit gelassen haben. Zudem waren den eben genannten Richtern die Argumente und Beweise der Antragsteller bereits aus dem Verfahren auf einstweilige Anordnung gegen die 11. BayIfSMV bekannt. Soweit es einen neuen Vortrag gab, wurde darauf gesondert in der Schlussbemerkung des 123 Seiten umfassenden Antrags vom 11.03.2021 hingewiesen. Durch die **zögerliche Bearbeitung des Antrags** wird der **einstweilige Rechtsschutz der Antragsteller** erneut **vereitelt**.

A. Voraussetzungen von Art. 27 Abs. 1 S. 2 VfGHG offenkundig nicht gegeben

I. Zulässigkeit der Anträge auf einstweilige Anordnung

Es wird auf die Ausführungen in der Popularklage vom 11.03.2021 verwiesen. Zur Verdeutlichung werden die entsprechenden Ausführungen zur Zulässigkeit hier nochmals angeführt:

1. Statthafte Antragsart

Die Popularklage ist nach Art. 55 Abs. 1 VfGHG die statthafte Klageart.

2. Prüfungsgegenstand

Die 12. BayIfSMV stellt eine Rechtsvorschrift des bayerischen Landesrechts dar und ist damit tauglicher Klagegegenstand nach Art. 55 Abs. 1 VfGHG.

3. Antragsberechtigung

Nach Art. 55 Abs. 1 VfGHG ist jedermann antragsberechtigt und damit auch der Kläger.

4. Geltendmachung einer Grundrechtsverletzung

4.1. Geltendmachung eigener Grundrechtsverletzung

Die Popularkläger rügen die Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 101 BV aufgrund des Allgemeinen Abstandsgebots in § 1, der Verpflichtung zum Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung in § 1 Abs. 2 und der Kontaktbeschränkung nach § 4 der 12. BayIfSMV.

Die Kontaktdatenerfassung nach § 2 verletzt das allgemeine Persönlichkeitsrecht und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung der Popularkläger nach Art. 100 iVm Art. 101 BV.

Ferner erfolgt ein Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 101 BV auch durch das Verbot in § 5, die Maskenpflicht in öffentlichen Verkehrsmitteln aus § 8, die speziellen Besuchsregeln aus § 9, die eingeschränkte Ausübung von Individualsportarten in § 10 (Sport).

§ 6 (Gottesdienste, Zusammenkünfte von Glaubensgemeinschaften) schränkt die Religionsausübungsfreiheit der Popularkläger nach Art. 107 BV ein, da die Teilnehmerzahl bei Gottesdiensten beschränkt ist, Abstand gehalten werden muss und Maskenpflicht besteht.

Mit § 7 (Versammlungen im Sinne des Bayerischen Versammlungsgesetzes) wird das Grundrecht nach Art. 113 BV eingeschränkt.

§ 12 Abs. 1 der 12. BayIfSMV stellt ein Berufsverbot für den Popularkläger zu 2 dar und die massivste Einschränkung in die Berufsausübungsfreiheit nach Art. 101 BV. Zudem liegt darin ein Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb nach Art. 103 Abs. 1 BV dar. Da gerade Schuhe vor dem Kauf probiert werden müssen, stellt die Regelung nach § 12 Abs. 1 S. 6 der 12. BayIfSMV mit der Möglichkeit der Abholung nach Bestellung keine Alternative dar, da nicht davon auszugehen ist, dass viele Kunden von dieser Möglichkeit Gebrauch machen werden. Die Regelung nach § 12 Abs. 1 S. 7 stellt auch keine planbare Alternative dar, zumal wie oben gezeigt, der 7-Tage-Inzidenzwert absolut willkürlich ist. Ein kalkulierbares Betreiben eines Geschäfts ist durch diese Regelung nicht sichergestellt.

§ 12 Abs. 1 der 12. BayIfSMV verletzt den Popularkläger zu 2) in seinem Grundrecht **nach Art. 118 Abs. 1 BV**. Es ist kein seuchenschutzrechtlicher Grund erkennbar, warum der Schuhladen des Popularkläger zu 2) nach § 12 Abs. 1 S. 1 der 12. BayIfSMV geschlossen bleiben muss und nur eine Abholung vorbestellter Waren nach § 12 Abs. 1 S. 6 BayIfSMV zulässig sein soll und nur mittels Terminbuchung nach § 12 Abs. 1 S. 7 BayIfSMV, während Gartenmärkte, Blumenfachgeschäfte, Gärtnereien, Buchhandlungen, Baumschulen, Baumärkte und Läden mit Presseartikeln nach § 12 Abs. 1 S. 2 der 12. BayIfSMV öffnen dürfen. Hierin ist eine Ungleichbehandlung von Einzelhändlern wie Schuhgeschäften, Computergeschäften und sonstigen Branchen gegenüber anderen Geschäftsinhabern wie Gartenmärkten, Blumenfachgeschäften, Gärtnereien, Buchhandlungen, Baumschulen, Baumärkten und Läden mit Presseartikeln nach Art. 118 Abs. 1 BV zu sehen, ohne dass es einen sachlichen Grund für diese Ungleichbehandlung gäbe.

Die Kontaktbeschränkungen nach § 4 verletzen die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 101 BV und die Freizügigkeit der Popularkläger nach Art. 109 Abs. 1 BV.

Die weitergehende Maskenpflicht und das Alkoholverbot in § 24 der 12. BayIfSMV verletzen die allgemeine Handlungsfreiheit der Popularkläger nach Art. 101 BV.

4.2. Verletzung von Grundrechten anderer

Aufgrund des besonderen Charakters des Popularklageverfahrens ist es **nicht erforderlich**, dass die **Verletzung eigener Grundrechte** geltend gemacht wird.

Folgende Grundrechtsverletzungen werden darüber hinaus geltend gemacht:

Die Auflage in § 1 Abs. 2 Nr. 2 der 12. BayIfSMV, wonach eine Befreiung von der Maskenpflicht durch ein ärztliches Attest glaubhaft gemacht werden muss, auf dem die Diagnose angegeben sein muss, stellt einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und das allgemeine Persönlichkeitsrecht dar für Menschen mit gesundheitlichen Einschränkungen nach Art. 100 iVm Art. 101 BV.

Die Auflagen nach § 9 der 12. BayIfSMV stellen für Betreiber von Pflege- und Altenheimen eine Verletzung für deren Berufsausübungsfreiheit und unternehmerischen Betätigungsfreiheit nach Art. 101 BV dar. Darüber hinaus stellt dies auch einen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 101 BV für die Bewohner von Alten- und Pflegeheimen und von deren Angehörigen dar.

Die Schließung von Gastronomie mit Ausnahme des Abholservices mit § 13 stellt für Betreiber von Gaststätten eine Verletzung von deren Berufsausübungsfreiheit und deren unternehmerische Betätigungsfreiheit nach Art. 101 BV dar. Zugleich ist darin ein Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb von Gastronomen nach Art. 103 Abs. 1 BV zu sehen.

Die Untersagung des Betriebs nahezu sämtlicher Freizeiteinrichtungen mit § 11 stellt eine Verletzung der Berufsausübungsfreiheit und unternehmerischen Betätigungsfreiheit nach Art. 101 BV der Betreiber von Freizeiteinrichtungen dar. Zugleich liegt darin auch ein Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb nach Art. 103 Abs. 1 BV vor.

Ähnliches gilt für die Veranstalter von Tagungen, Kongressen, Messen und vergleichbaren Veranstaltungen, die nach § 15 untersagt sind. Auch hierin ist eine Verletzung von Art. 101 BV und Art. 103 Abs. 1 BV der Veranstalter zu sehen.

Die Auflagen nach § 16 für betriebliche Unterkünfte stellen einen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit und unternehmerische Betätigungsfreiheit nach Art. 101 BV für entsprechende Unternehmer und Landwirte dar.

Die Einschränkung der Beherbergung nach § 14 der 12. BayIfSMV auf notwendige berufliche und geschäftliche Zwecke stellt einen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit und unternehmerische Betätigungsfreiheit nach Art. 101 BV für die Betreiber von Hotels, Beherbergungsstätten, Schullandheimen, Jugendherbergen und Campingplätzen dar.

§ 17 (Prüfungswesen), § 18 (Schulen) und § 20 (Außerschulische Bildung, Musikschulen, Fahrschulen) stellen Gebote zum Maskentragen und Abstandhalten für Schüler auf. Damit wird die allgemeine Handlungsfreiheit von Schülern nach Art. 101 BV verletzt.

§ 19 (Tagesbetreuungsangebote für Kinder, Jugendliche und junge Volljährige) schränkt die Berufsausübungsfreiheit und unternehmerische Betätigungsfreiheit nach Art. 101 BV

für Betreiber von Kindertageseinrichtungen, Kindertagespflegeeinrichtungen und Heilpädagogischen Tagesstätten ein.

Die Regelung in § 21, wonach kein Präsenzunterricht an den Hochschulen stattfindet, stellt einen Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit nach Art. 108 BV dar.

§ 22 regelt den Betrieb von Bibliotheken und Archiven, die unter den Voraussetzungen von § 12 Abs. 1 S. 4 der 12. BayLfSMV geöffnet werden können. Dies stellt eine Verletzung der Berufsausübungsfreiheit nach Art. 101 BV von Bibliothekaren und Archivaren dar.

Die Schließung von Kulturstätten in § 23 stellt eine Verletzung der Kunstfreiheit nach Art. 108 BV dar, soweit Theater, Oper, Konzerthäuser, Bühnen, Kinos und ähnliche Einrichtungen betroffen sind. Für die Betreiber von Kulturstätten liegt mit § 23 zusätzlich eine Verletzung von deren Berufsausübungsfreiheit und unternehmerischer Betätigungsfreiheit nach Art. 101 BV vor. Ferner stellt dies einen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb nach Art. 103 Abs. 1 BV dar.

5. Sonstige Sachentscheidungs Voraussetzungen

Eine Frist ist nicht zu beachten. Es ist lediglich nach Art. 14 Abs.1 VfGHG ein schriftlicher Antrag erforderlich, dem hiermit genügt wird.

Ein **Rechtsschutzbedürfnis** für die Anträge auf einstweilige Anordnung besteht, da die 12. BayLfSMV noch in Kraft ist und erst am 28.03.2021 außer Kraft tritt.

II. Offensichtliche Begründetheit der Anträge auf einstweilige Anordnung

1. Der Antrag auf Außervollzugsetzung der Vorschrift nach § 1 Abs. 2 der 12. BayLfSMV zur Pflicht der Angabe der Diagnose auf dem Maskenbefreiungsattest ist schon deshalb nicht offensichtlich unbegründet, da es eine entsprechende Entscheidung des OVG Berlin-Brandenburg gibt, die genau eine solche Regelung wegen Verstoß gegen das Allgemeine Persönlichkeitsrecht außer Vollzug gesetzt hat. Wie das OVG Berlin-Brandenburg am 07.01.21 zutreffend feststellte, ist der Antragsteller ansonsten gezwungen, seine konkrete Diagnose an vielen nicht-öffentlichen Stellen wie Geschäften, öffentlichen Verkehrsmitteln oder bei Demonstrationen oder religiösen Veranstaltungen zu offenbaren (Quelle: <https://www.bz-berlin.de/berlin/umland/oberverwaltungsgericht-kippt-anforderung-an-masken-atteste>).

Dabei handele es sich jedoch um gesundheitsbezogene Daten, die einem besonders hohen Schutz unterlägen. „Soweit der Antragsteller befürchte, seine Gesundheitsdaten könnten durch Mund-Propaganda im Dorf schnell die Runde machen, sei dies nicht von der Hand zu weisen“, teilte das Gericht mit. Aus diesem Grund setzte das OVG Berlin-Brandenburg im einstweiligen Verfahren eine entsprechende Regelung außer Vollzug. Mit dieser Entscheidung des OVG Berlin-Brandenburg muss sich der BayVerfGH auseinandersetzen.

2. Der Antrag auf Außervollzugsetzung der Regelungen nach § 12 Abs. 1 S. 1, 12 Abs. 1 S. 3, 12 Abs. 2 S. 1 und 12 Abs. 4 S. 1 der 12. BayLfSMV kann nicht offensichtlich unbegründet sein, da bereits zwei Oberverwaltungsgerichte (OVG Saarland und OVG Münster) eine entsprechende Regelung wegen Verstoß **Gleichbehandlungsgrundsatz nach**

Art. 118 Abs. 1 BV außer Vollzug gesetzt haben. Die Entscheidung des OVG Saarland wurde in der Popularklage vom 11.03.2021 zitiert wie folgt und dort als Anlage **K 7** beigefügt:

„Desungeachtet spricht bei der vorliegend nur möglichen summarischen Überprüfung Überwiegendes für einen Verstoß der Bestimmungen im § 7 Abs. 3 VO-CP gegen höher-rangiges Recht, konkret für eine unzureichende Berücksichtigung der Grundrechte der Antragstellerin nach dem auch die Freiheit unternehmerischer Betätigung umfassenden Art. 12 GG (2.) unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit und für eine Verletzung des allgemeinen Gleichbehandlungsgebots nach Art. 3 Abs. 1 GG (1.)“...

„Die im Grundgesetz gewährleisteten allgemeinen und besonderen Gleichheitsrechte, die in besonderer Weise mit dem „Gerechtigkeitsgefühl“ der von einschränkenden staatlichen Maßnahmen betroffenen Menschen in Verbindung stehen, dienen dabei nicht primär dem Ziel, den von der Anwendung von Rechtsnormen betroffenen Bürgerinnen und Bürgern einen „Freiraum“ gegenüber staatlichen Maßnahmen zu gewährleisten. Insbesondere beim allgemeinen Gleichheitssatz in Art. 3 Abs. 1 GG soll vielmehr verhindert werden, dass einzelne oder auch ganze Gruppen von Grundrechtinhabern im Vergleich zu anderen ohne inhaltliche Rechtfertigung anders also „ungleich“ behandelt werden, sodass im Ergebnis der Normgeber selbst den Beurteilungsrahmen vorgibt. Dabei geht es nicht um eine inhaltliche Abstufung nach einer „Wertigkeit“ der jeweils zur Rede stehenden, sehr unterschiedlichen grundsätzlich erlaubten Betätigungen der Rechtsschutz Suchenden, hier der Antragstellerin, oder auch – bezogen auf das Willkürverbot des Art. 3 Abs. 1 GG – der „Vergleichsgruppe“. Eine solche seuchenrechtlich nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung enthält aller Voraussicht nach die Mischsortimentsklausel des § 7 Abs. 3 Satz 3 VO-CP jedenfalls für die in der Regel kleineren spezialisierten Einzelhändler, die – wie die Antragstellerin – ein Warensortiment handeln, das nicht sie, demgegenüber aber die großen SB-Warenhäuser, Vollsortimenter, Discounter und Supermärkte bedienen können.“

Auf die Entscheidung des OVG Münster wurde mit Schriftsatz vom 22.03.2021 hingewiesen (<https://www.bild.de/news/2021/news/nrw-oberverwaltungsgericht-kippt-beschaenkungen-im-einzelhandel-75822370.bild.html>).

3. Die Anträge auf einstweilige Anordnung sind schon deshalb begründet, weil der begründete Verdacht besteht, dass die Bayerische Staatsregierung für die 11. BayIfSMV und auch für die 12. BayIfSMV keine Akte vorweisen kann. Es besteht der begründete Verdacht, dass die 12. BayIfSMV wegen **Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip nach Art. 3 Abs. 1 BV** nichtig ist und damit die Anträge auf Außervollzugsetzung begründet sind. Dem BayVerfGH ist bereits aus der Popularklage gegen die 8. BayIfSMV vom 12.11.2020 bekannt, dass der Ordnungsgeber bis zur 6. BayIfSMV keine Akte vorweisen konnte.

Ferner ist dem BayVerfGH bekannt, dass die Bayerische Staatsregierung im Rahmen der Stellungnahme vom 26.01.2021 betreffend die 11. BayIfSMV zum Vorwurf der fehlenden Akte geschwiegen hat. Das Prinzip der Aktenmäßigkeit, das dem Rechtsstaatsprinzip entspringt, besagt, dass **alle entscheidungserheblichen Unterlagen und Bearbeitungsschritte eines Geschäftsvorfalles in der Akte zu führen (Prinzip der Schriftlichkeit)** sowie **vollständig, wahrheitsgemäß und nachvollziehbar zu dokumentieren sind**, und zwar unabhängig davon, ob eine Behörde als führendes Aktensystem noch papierbasiert oder elektronisch veraktet. (vgl. Antwort der Bundesregierung vom 20.05.2019 (hib 589/2019) auf eine Kleine Anfrage der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen; Ordnungsgemäße Aktenführung; Quelle: <https://www.bundestag.de/presse/hib/643972-643972>).

In der gleichen Situation ist jedenfalls der Österreichische Verfassungsgerichtshof in der Lage, das Rechtsstaatsprinzip zur Anwendung zu bringen und entschied am 09.12.2020, dass die Maskenpflicht im Schulhaus und der Schichtbetrieb an Schulen im Frühjahr rechtswidrig war (vgl. Quelle: https://www.vfgh.gv.at/downloads/VfGH_10.12.2020_V_436_2020_Covid-Massnahmen_in_Schulen.pdf).

Auf Seite 56 Rn 28, Rn 29 führt der VerfGH aus: „Für die Beurteilung des Verfassungsgerichtshofes sind deshalb der Zeitpunkt der Erlassung der angefochtenen Verordnungsbestimmungen und die diesen zugrunde liegenden aktenmäßigen Dokumentationen maßgeblich. Zur Beantwortung der Frage, ob die angefochtenen Verordnungsbestimmungen mit der jeweiligen gesetzlichen Grundlage im Einklang stehen, kommt es auch auf die Einhaltung bestimmter Anforderungen der aktenmäßigen Dokumentation im Verfahren der Verordnungserlassung an, sie ist aber kein Selbstzweck. Wenn für die Bewältigung von Situationen, in denen Maßnahmen anhand von Prognosen getroffen werden müssen, der Verwaltung zur Abwehr von möglichen Gefahren gesetzlich erhebliche Spielräume eingeräumt sind, kommt solchen Anforderungen eine wichtige, die Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns sichernde Funktion zu.“

2.2.6. Der BMBWF hat trotz entsprechender Aufforderung dem Verfassungsgerichtshof keine Akten betreffend das Zustandekommen der C-SchVO, BGBl. II 208/2020, vorgelegt. Für den Verfassungsgerichtshof ist daher nicht ersichtlich, welche Entscheidungsgrundlagen den Verordnungsgeber bei seiner Entscheidung geleitet haben, Schülerinnen und Schülern die Verpflichtung aufzuerlegen, in den von der Verordnung genannten Bereichen einen Mund- Nasen-Schutz zu tragen, sowie Schulklassen in zwei Gruppen zu teilen und diese abwechselnd im Präsenzunterricht in der Schule zu unterrichten.“

4. Die Anträge auf Außervollzugsetzung sind schon deshalb begründet, weil der **7-Tage-Inzidenzwert nach den eigenen Angaben des RKI nicht stimmen kann**. Hinzu kommt, dass die Informationsnotiz der WHO vom 20.01.2021 bei den Fallzahlen und dem 7-Tage-Inzidenzwert nicht berücksichtigt wird. Alle Einschränkungen beruhen auf dem 7-Tage-Inzidenzwert. Wie in der Popularklage vom 11.03.2021 dargelegt, ist aber dieser Wert schon aufgrund von widersprüchlichen Angaben des RKI nicht zutreffend.

Das Bundesverfassungsgericht verlangt, dass alle Angaben des RKI berücksichtigt werden (vgl. Entscheidung des BVerfG vom 08.02.2021, Az: 1 BvR 242/21, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2021/02/rk20210208_1bvr024221.html).

Das RKI geht davon aus, dass bei nur 4,17% der positiv Getesteten eine Infektion mit SARS-CoV-2 vorliegt (https://rki-wiko.shinyapps.io/test_qual/).

Zudem existiert ein erheblicher Probenrückstau. Es wird vom RKI nicht transparent gemacht, ob und wie positive Testergebnisse betreffend rückgestauter PCR-Proben Eingang in den 7-Tage-Inzidenzwert finden. Proben, die älter als sieben Tage sind, dürfen nach § 28a Abs. 3 IfSG nicht mehr als Neuinfektionen gewertet werden. Aus diesem Grund dürften grundsätzlich wegen § 28a Abs. 3 IfSG überhaupt keine positiven Testergebnisse aus rückgestauten PCR-Proben, die älter als sieben Tage sind, Eingang in den 7-Tage-Inzidenzwert finden. Aufgrund der mangelnden Transparenz besteht der Verdacht, dass die Ergebnisse aus rückgestauten Proben doch Eingang in den 7-Tage-Inzidenzwert finden und damit diesen Wert verfälschen.

Auch nach der **Informationsnotiz der WHO vom 20.01.2021** trifft der 7-Tage-Inzidenzwert nicht zu. Die WHO rät darin, einen erneuten PCR-Test bei einer asymptomatischen Person, die positiv getestet wurde, durchzuführen. Daraus folgt, dass grundsätzlich positiv getestete Menschen ohne Symptome nach Ansicht der WHO nicht mehr als „Fälle“ zu zählen sind, sondern dazu ein weiterer Test gemacht werden sollte. Aufgrund dieser WHO-Notiz dürfen positiv getestete Menschen ohne Symptome nicht mehr als „Fälle“ erfasst werden. Diese WHO-Notiz (Quelle: <https://www.who.int/news/item/20-01-2021-who-information-notice-for-ivd-users-2020-05>) wirkt sich unmittelbar auf die „Fallzahlen“ und den 7-Tage-Inzidenzwert aus und muss vom BayVerfGH berücksichtigt werden.

5. Die Anträge auf Außervollzugsetzung der Vorschriften über das Tragen einer FFP2-Maske sind schon deshalb begründet, da das RKI selbst in ihren FAQs bis zum 20.01.2021 vom privaten Gebrauch einer FFP2-Maske abgeraten hat. Dies wurde in der Popularklage vom 11.03.2021 dargelegt.

6. Die Anträge auf Außervollzugsetzung sind begründet, da eine **Überlastung des Gesundheitssystems nicht droht** und auch in der Vergangenheit zu keinem Zeitpunkt drohte. Aus den offiziellen Daten von DIVI ist erkennbar, dass die Gesamtbelegung der Intensivbetten seit Sommer 2020 auf etwa gleichem Niveau verharret (Quelle: <https://www.intensivregister.de/#/aktuelle-lage/zeitreihen>). Allein dieser Quelle ist zu entnehmen, dass sich die jetzige Situation in den Krankenhäusern im Vergleich zum Sommer in keiner Weise verschlimmert hat.

Ferner kam eine Klinikstudie der Initiative Qualitätsmedizin (IQM) zum Ergebnis, dass 2020 weniger Menschen im Krankenhaus waren und weniger Menschen beatmet wurden als 2019 (Quelle: <https://www.initiative-qualitaetsmedizin.de/covid-19-pandemie>). Auch eine Analyse des Instituts für das Entgeltsystem im Krankenhaus (InEK) ergab für 2020 eine **historisch niedrige Bettenauslastung**. (<https://www.aerzteblatt.de/archiv/218200/COVID-19-Pandemie-Historisch-niedrige-Bettenauslastung>)

7. Darüber hinaus wurde aufgezeigt, dass es in **Schweden**, das keine Schul- und Kita-Schließungen, keinen Lockdown und keine Maskenpflicht hat, **keine Übersterblichkeit** gab und eben eine Überlastung des Gesundheitssystems dort nicht eingetreten ist (<https://www.statistikdatabasen.scb.se/pxweb/en/ssd/>):

Sterblichkeitsdaten Schweden		
Jahr	Sterbefälle	Sterbefälle pro 10000 Einwohner
2006	91177	100,77
2007	91729	100,65
2008	91449	99,59
2009	90080	97,32
2010	90487	96,87
2011	89938	95,52
2012	91938	96,95
2013	90402	94,60
2014	88976	92,25
2015	90907	93,26
2016	90982	92,36
2017	91972	92,02
2018	92185	91,09
2019	88766	86,77
2020	98124	95,01

„Sowohl in absoluten als auch in relativen Zahlen ist ein starker Sprung zwischen 2019 und 2020 zu bemerken, aber die Daten der vorhergehenden Jahre zeigen, dass im Jahr 2019 eine außerordentlich niedrige Sterblichkeit vorgelegen hat, sodass 2020 tatsächlich mit einem Nachholeffekt gerechnet werden musste: Sterben in einem Jahr deutlich weniger Menschen, als zu erwarten war, so sind im nächsten Jahr mehr Menschen mit hohem Sterblichkeitsrisiko vorhanden. **Unabhängig davon lag die relative Sterblichkeit in den Jahren 2006 bis 2012 höher als 2020, weshalb 2020 in der Rangfolge der relativen Sterblichkeiten einen Mittelplatz einnimmt.**“ (Prof. Rießinger, <https://reitschuster.de/post/der-schwedische-weg-was-die-zahlen-sagen/>)

Wenn ein Land ohne Maßnahmen wie Lockdown, Schul- und Kita-Schließungen und ohne Maskenpflicht genauso durch die COVID-19-Pandemie kommt wie Deutschland mit diesen Maßnahmen, die zur drohenden Insolvenz von Klein- und Mittelstand und Künstlerbranche und psychischen Schäden bei Kindern führen, dann ist das vom BayVerfGH zu berücksichtigen und muss zum Erfolg der einstweiligen Anträge führen.

8. Die Außervollzugsetzung von Vorschriften der Betriebsschließung und Betriebsunter-sagung ist begründet, da eine Wirksamkeit von Lockdowns gerade wissenschaftlich nicht belegt ist. So wurden in der Popularklage insgesamt **sieben Studien** angeführt, wonach die **Wirksamkeit eines Lockdowns wissenschaftlich gerade nicht** belegt ist. Hierzu sei der BayVerfGH auf den wissenschaftlichen Aufsatz vom 18.12.2020 von Prof. Dr.

Christof Kuhbandner mit dem Titel „Warum die Wirksamkeit des Lockdowns wissenschaftlich nicht bewiesen ist“ verwiesen (vgl. Quelle: <https://www.heise.de/tp/features/Warum-die-Wirksamkeit-des-Lockdowns-wissenschaftlich-nicht-bewiesen-ist-4992909.html>).

Am meisten Beachtung muss hier die Studie von Prof. Dr. John Ioannidis von der Stanford University finden, da Prof. Ioannidis zu den meist zitierten Wissenschaftlern weltweit zählt (<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/eci.13484>). Darüber hinaus belegt ein offizielles Dokument – das epidemiologische Bulletin 17/2020 vom 15.04.2020 - des RKI, dass der R-Wert bereits vor dem 1. Lockdown im März 2020 unter 1 war (vgl. <https://e-doc.rki.de/handle/176904/6650.2>). Es ist schon erstaunlich, dass der BayVerfGH **selbst offizielle Dokumente des RKI** wie das **epidemiologische Bulletin 17/2020 ignoriert**.

9. Zuletzt sind die Anträge auf Außervollzugsetzung begründet, da die derzeitigen Maßnahmen gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verstoßen. Es existieren gleich geeignete mildere Mittel. Ein gleich geeignetes **milderes Mittel** darin, die Kapazitäten auf den Intensivstationen auszubauen oder zumindest auf dem bereits bestehenden Niveau im Juli 2020 zu behalten. Bereits in der Popularklage vom 23.12.2020 wurde belegt, dass über **6000 Intensivbetten seit Juli 2020 abgebaut** wurden. Gleiches wurde auch in der Popularklage vom 11.03.2021 vorgetragen.

Ein milderes und gleich geeignetes Mittel ist, die abgebauten Intensivkapazitäten wieder aufzubauen. Wäre der BayVerfGH gewillt gewesen, hätte er anhand der offiziellen und vom RKI verantworteten Webseite DIVI-Intensivregister (Quelle: <https://www.intensivregister.de/#/aktuelle-lage/zeitreihen>) selbst nachvollziehen können, dass am 16.07.2020 insgesamt 30.921 Intensivbetten (20.784 belegt und 10.137 frei) zur Verfügung standen, während es zum 31.12.2020 nur noch 23.840 (20.034 belegt und 3.806 frei) Intensivbetten insgesamt sind. Das bedeutet, dass vom 16.07.2020 bis 31.12.2020 insgesamt **7.081 Intensivbetten abgebaut** wurden. Ferner wurde belegt, dass seit Ausbruch von COVID 19 im Jahr 2020 drei bayerische Kliniken geschlossen haben, was zu einer Verknappung von personellen und sachlichen Kapazitäten führt.

Nach Ansicht von drei führenden Epidemiologen von den Eliteuniversitäten Harvard, Stanford und Oxford, eines Nobelpreisträgers und weiteren 13.000 Wissenschaftlern und 41.000 Ärzten besteht ein milderes und gleich geeignetes Mittel in der **Great Barrington Declaration** (<https://gbdeclaration.org/die-great-barrington-declaration/>). Danach sollen die Nicht-Risikogruppen so schnell wie möglich zum normalen Leben zurückkehren, während die Risikogruppe bis zum Erreichen der Herdenimmunität besonders geschützt werden soll. Auch dies wurde bereits in der Popularklage vom 23.12.2020 dargelegt und in der Popularklage vom 11.03.2021 wiederholt.

III. Zwischenfazit

Die Voraussetzungen von Art. 27 Abs. 1 S. 2 VfGHG liegen offenkundig nicht vor, da die Anträge auf einstweilige Anordnung weder unzulässig noch offensichtlich unbegründet sind. Vielmehr liegt schon eine offensichtliche Begründetheit der Anträge darin, dass es zwischenzeitlich drei Entscheidungen von Oberverwaltungsgerichten gibt, die zumindest zwei Anträge auf Außervollzugsetzung hinsichtlich der Vorschriften nach § 12 der 12. BaylFSMV und § 1 Abs. 2 der 12. BaylFSMV stützen. Die Oberverwaltungsgerichte haben entsprechende Vorschriften außer Vollzug gesetzt. Der Richter des BayVerfGH Schmitz, Kornprobst und Küspert weigern sich diese Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte zur Kenntnis zu nehmen.

Darüber hinaus wurde belegt, dass die Bayerische Staatsregierung bis zur 6. BayIfSMV keine Akte vorweisen konnte. Der Frage, ob überhaupt für die 11. BayIfSMV und die 12. BayIfSMV eine Akte existiert, will der BayVerfGH unter Verstoß gegen den Amtsermittlungsgrundsatz nicht nachgehen, obwohl die Bayerische Staatsregierung zur Frage der Existenz einer Akte in deren Stellungnahme vom 26.01.2021 geschwiegen hat. Es besteht der begründete Verdacht, dass sowohl für die 11. BayIfSMV und die 12. BayIfSMV keine Akte existiert. Dies stellt einen Verstoß gegen das Prinzip der Aktenmäßigkeit der Verwaltung aus dem Rechtsstaatsprinzip nach Art. 3 Abs. 1 BV dar. Sollte sich der begründete Verdacht des Fehlens einer Akte bestätigen, wäre die komplette 12. BayIfSMV wegen Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip für nichtig zu erklären. Allein aus diesem Grund sind die Anträge auf einstweilige Anordnung nicht offensichtlich unbegründet.

B. Unzulässige Beschneidung des einstweiligen Rechtsschutzes der Antragsteller

Im hiesigen Verfahren Vf. 98-VII-20 hat der BayVerfGH bereits zum dritten Mal durch verzögerte Bearbeitung der Anträge auf einstweilige Anordnung den einstweiligen Rechtsschutz der Antragsteller vereitelt.

Die Antragsteller prozessieren bereits seit dem 12.11.2020 mit den gleichen Argumenten gegen die BayIfSMV, die natürlich durch neu zu Tage getretene Beweise weiter untermauert wurden. Anhängig ist eine Popularklage gegen die 8. BayIfSMV, 10. BayIfSMV und 11. BayIfSMV. Alle drei Popularklagen wurden jeweils mit einem Antrag auf einstweilige Anordnung verbunden. Jedoch wurde noch über keinen einzigen der Anträge auf einstweilige Anordnung vom BayVerfGH entschieden, obwohl dem BayVerfGH die Argumente bereits seit dem 13.11.2020 bekannt sind.

Besonders auffällig ist das Vorgehen des BayVerfGH im Hinblick auf die Anträge auf einstweilige Anordnung betreffend die 8. BayIfSMV und die 11. BayIfSMV. Auf die Popularklage vom 12.11.2020 und das ergänzende Schreiben vom 17.11.2020 erfolgte ein Antwortschreiben der Generalsekretärin Ruderisch vom 18.11.2020, wonach man unter Verweis auf bisherige Entscheidungen des BayVerfGH zu Eilanträgen betreffend die BayIfSMV nicht von offensichtlichen Erfolgsaussichten ausgehen könne. Es wurde seitens der Generalsekretärin Ruderisch zur Rücknahme der Anträge auf einstweilige Anordnung geraten. Darauf wurde von Antragstellerseite erwidert, dass man an den Anträgen festhalten werde und ausgeführt, aus welchen Gründen die Eilanträge offensichtliche Erfolgsaussichten haben. Der BayVerfGH reagierte auf dieses Schreiben und einen weiteren Schriftsatz vom 30.11.2020, mit welchem erstmals auch die Studie von 22 Wissenschaftlern zum Drogen-PCR-Test vorgetragen wurde, nicht.

Stattdessen ließ sich der BayVerfGH vom 18.11.2020 bis 30.11.2020 Zeit. Am 30.11.2020, an dem Tag des Außerkrafttretens der 8. BayVerfGH, beschloss der BayVerfGH, darunter auch die Generalsekretärin Ruderisch, den Antragstellern einen Kostenvorschuss von 1.500 € aufzugeben. Begründet wurde dies damit, dass der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung offensichtlich erfolglos erscheint. Es bleibt festzuhalten, dass der BayVerfGH über die Anträge auf einstweilige Anordnung vom 13.11.2020 betreffend die 8. BayIfSMV bis Auslaufen der 8. BayIfSMV keine Entscheidung getroffen hat und damit den einstweiligen Rechtsschutz der Antragsteller bereits bezüglich der 8. BayIfSMV unzulässiger Weise vereitelt hat.

Gravierender wird die Vereitelung des einstweiligen Rechtsschutzes im Hinblick auf die 11. BayIfSMV, welche am 23.12.2020 beim BayVerfGH einging. Der BayVerfGH hat erst

am 07.01.2021 beschlossen, den Antragstellern einen Kostenvorschuss in Höhe von 1.500 € aufzuerlegen, mithin wiederum mehr als 14 Tage nach Eingang der Anträge. Eine Entscheidung über die einstweiligen Anträge betreffend die 11. BayIfSMV erging erst am 01.02.2021, mithin mehr als fünf Wochen nach Eingang der Anträge.

Obwohl dem BayVerfGH die Argumente der Antragsteller bereits seit dem 30.01.2021 bekannt waren und es im Rahmen der Popularklage gegen die 12. BayIfSMV nur wenige Ergänzungen gab, auf die der BayVerfGH gesondert hingewiesen wurde, ließen sich die Richter am BayVerfGH Küspert, Schmitz und Kornprobst **elf Tage Zeit**, um einen Beschluss über die Auferlegung eines Kostenvorschusses nach Art. 27 Abs. 1 S. 2 VfGHG zu fertigen. Erstaunlich ist wiederum, dass keine Entscheidung über die Anträge erging.

C. Fazit

Die Voraussetzungen von Art. 27 Abs. 1 S. 2 VfGHG liegen nicht vor, da die Anträge auf einstweilige Anordnung weder unzulässig noch offensichtlich unbegründet sind. Die **offenkundig falsche Anwendung von Art. 27 Abs. 1 S. 2 VfGHG** stellt eine **willkürliche Verfahrensweise** dar, die die Besorgnis der Befangenheit begründet (vgl. Bayerisches Oberstes Landgericht, wistra 2002, 196 (dort bereits der Anschein der Willkür ausreichend; LG Hamburg StV 2004, 590). Zudem ist die Auslegung von Art. 27 Abs. 1 S. 2 VfGHG völlig abwegig und begründet auch deshalb die Besorgnis der Befangenheit (vgl. BGH NJW 1984, 1904, 1909).

Ein weiterer Umstand, der auf die Parteilichkeit der Richter am BayVerfGH Schmitz, Kornprobst und Küspert schließen lässt, ist die **zögerliche Bearbeitung der Anträge auf einstweilige Anordnung** und die damit einhergehende **Vereitelung des einstweiligen Rechtsschutzes**. Ein Beschluss nach Art. 27 Abs. 1 S. 2 VfGHG nach Ablauf von elf Tagen widerspricht schon der Regelung von Art. 27 Abs. 1 S. 2 VfGHG. Wenn die Anträge unzulässig und offensichtlich unbegründet wären, so ließe sich das bereits nach zweitägiger Prüfung feststellen. Wenn aber gerade eine dahingehende Prüfung schon mehr als zwei Tage in Anspruch nimmt, deutet dies darauf hin, dass gerade keine offensichtliche Unbegründetheit und auch keine Unzulässigkeit gegeben ist.

Die Richter am BayVerfGH Küspert, Kornprobst und Schmitz werden gebeten eine **dienstliche Stellungnahme** abzugeben.

Die dienstlichen Stellungnahmen sollten folgende Fragen beantworten:

- Warum werden der Sachvortrag der Antragsteller und die Beweisangebote der Antragsteller beharrlich ignoriert?
- Warum wird das Rechtsstaatsprinzip nach Art. 3 Abs. 1 BV missachtet?
- Warum wird der Amtsermittlungsgrundsatz missachtet?
- Warum wird der einstweilige Rechtsschutz der Antragsteller in unzulässiger Weise beschnitten?
- Gab es in irgendeiner Weise eine Einflussnahme durch die Staatsregierung?

Es wäre tragisch, wenn in den Geschichtsbüchern einmal stehen würde, dass Richter am BayVerfGH geduldet haben, dass die Bayerische Staatsregierung den **komplette bayerische Mittelstand und die bayerische Künstlerbranche zugrunde gehen** ließ und **unzähligen Kindern psychische Schäden zugefügt hat**.

Helmut P. Krause
Rechtsanwalt