

Marcel Kasprzyk
Rechtsanwalt

Jessica Hamed
Rechtsanwältin



BERNARD KORN & PARTNER
RECHTSANWÄLTE UND FACHANWÄLTE

In der Normenkontrollsache (20 NE 20.843)

des Herrn Thomas Mögele, [REDACTED]
[REDACTED]

- Antragsteller -

Verfahrensbevollmächtigte:

1. Rechtsanwältin Jessica Hamed, Kanzlei Bernard Korn & Partner, Hindenburgplatz 3, 55118 Mainz, Az.: 289/2020-JH
2. Rechtsanwalt Marcel Kasprzyk, Adolfsallee 27/29, 65185 Wiesbaden, Az.: 20/161 MK

g e g e n

den Freistaat Bayern, vertreten durch die Landesrechtsanwaltschaft Bayern, Montgelasplatz 1, 91522 Ansbach,

- Antragsgegner -

wegen: Infektionsschutzgesetz

Rechtsanwalt Marcel Kasprzyk

wird im Hinblick auf die am 11. Mai 2020 in Kraft getretene Vierte Bayerische Infektionsschutzmaßnahmeverordnung der Eilrechtsschutzantrag aus der Antragschrift vom 20. April 2020 wie folgt gefasst.

Es wird beantragt,

1. die in § 6 Satz 1 Nr. 2, § 8 Satz 1, § 12 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, Satz 3, Abs. 2, Abs. 3 Satz 1 der Vierten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (4. BayIfSMV) vom 5. Mai 2020 (BayMBl. 2020 Nr. 240) enthaltenen Bestimmungen bis zu einer Entscheidung über den am heutigen Tage eingereichten Normenkontrollantrag außer Vollzug zu setzen und
2. dem Antragsgegner die Kosten dieses Verfahrens aufzuerlegen.

Ergänzende Begründung:

Der Landesverordnungsgeber hat mittlerweile eine Vierte Infektionsschutzmaßnahmenverordnung erlassen. Die bisher streitgegenständliche Dritte Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung wird am 10. Mai vollständig außer Kraft treten bevor der Bayerische Verwaltungsgerichtshof – aufgrund des Anfalls einer Vielzahl an Verfahren – die Gelegenheit hatte, über den zuvor gestellten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zu entscheiden.

Da effektiver Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG) vor diesem Hintergrund und dem Umstand, dass die Landesverordnungen aufgrund der Corona-Krise eine Geltungsdauer von zumeist nur zwei oder weniger Wochen aufweisen, ist es zweckmäßig und prozessökonomisch, die nunmehr in Kraft getretene Vierte Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung in das bereits anhängige Eilrechtsschutzverfahren (20 NE 20.843) einzubeziehen und dieses zum nunmehrigen Gegenstand der gerichtlichen Überprüfung zu machen.

Zur Begründung wird zunächst vollumfänglich auf den Akteninhalt der bisher anhängigen Verfahren mit dem Antragsteller (20 N 20.750, 20 NE 20.751, 20 N 20.844 und 20 NE 20.843) sowie auf die Begründung des Antrags auf Normenkontrolle gegen die Dritte Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung vom 3. Mai 2020 (Aktenzeichen noch nicht mitgeteilt) verwiesen.

Weiterhin wird wie folgt ergänzend begründet:

1.
Maskenpflicht

Die nunmehr seitens des Ordnungsgebers in § 1 Abs. 2 4. BayIfSMV aufgenommen Ausnahmeregelungen zur in § 6 Satz 1 Nr. 2, § 8 Satz 1, § 12 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, § 17 Satz 2 4. BayIfSMV angeordneten „Maskenpflicht“ ändern nichts an der Ungeeignetheit der Maßnahme.

Soweit nunmehr insbesondere der Ausnahmetatbestand geschaffen wurde, dass Personen, die glaubhaft machen können, dass ihnen das Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung aufgrund einer Behinderung, aus gesundheitlichen Gründen nicht möglich oder unzumutbar ist, sind von der Tragepflicht befreit, führt dies zu keiner anderen rechtlichen Beurteilung.

Wie bereits dargelegt zwingt diese Regelung Menschen dazu, ihre gesundheitliche Beeinträchtigung einerseits im Rahmen einer Glaubhaftmachung und andererseits visualisiert durch das Nichttragen einer Mund-Nasen-Bedeckung nach außen kenntlich zu machen. Es handelt sich hierbei um einen schwerwiegenden Eingriff in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht in Form der informationellen Selbstbestimmung. Dieser schwerwiegende Eingriff steht indes keine überzeugende Rechtfertigung gegenüber. Wie bereits dargelegt, ist ein Nutzen wissenschaftlich nicht nachgewiesen. Letztlich erschöpft sich die Begründung für die Maskenpflicht daher in der Hoffnung, dass es vielleicht etwas bringen kann. Diese „Begründung“ kann einen solch massiven Eingriff in die Rechte der Bürger*innen evident nicht rechtfertigen.

2.

Risikobewertung des Landes?

Anliegend übersenden wir einen Antrag gemäß des Informationsfreiheitsgesetzes der Kollegin Fischer an das Robert Koch –Institut vom 3. Mai 2020. Die dort gestellten Fragen bedürfen der dringenden Klärung. Hierbei geht es u.a. um Fragen nach der Zuverlässigkeit der nicht validierten eingesetzten PCR-Tests zum Nachweis einer Infektion mit SARS-CoV-2 sowie um Fragen der Risikoeinschätzung. Sollte sich herausstellen, dass die Testergebnisse – worauf wie in dem unter Bezug genommenen Antrag dargelegt, vieles hindeutet – nicht verlässlich sind, können seuchenpolizeiliche Maßnahmen nicht mit den aus den Testungen resultierende Infektionszahlen begründet werden.

Die dort gestellten Fragen und Ausführungen machen sich die Unterzeichnenden in diesem Verfahren, sowie in den anhängigen Hauptsacheverfahren zu Eigen.

Es wird in diesem Zusammenhang beantragt,

den Antragsgegner aufzufordern, seine Risikobewertung und die dieser zugrundeliegenden Annahmen offen zu legen.

Die Offenlegung dürfte auch im Eilverfahren dem Antragsgegner zuzumuten sein, da die angeforderte Risikobewertung die Basis der hier angegriffenen Regelung sein muss.

Es wird beantragt,



BERNARD KORN & PARTNER
RECHTSANWÄLTE UND FACHANWÄLTE

dem Antragsgegner eine Frist zu Erwidern längstens bis zum 11. Mai 2020 einzuräumen.

3.

Eine Frage der Abwägung?

Aktuell erleben wir in den hiesigen Verfahren eine faktische Beweislastumkehr. Der Antragsteller scheint darlegen zu müssen, warum die Einschränkungen nicht gerechtfertigt sind. Dabei muss der Verordnungsgeber, die Staatsgewalt, darlegen, warum sie die Rechte des Antragstellers auf eine derart gravierende Weise glaubt, einschränken zu dürfen.

Die Legislative war in den vergangenen Wochen kaum sichtbar und kommt ihrer wesentlichen Aufgabe, der Kontrolle der Exekutive, nicht nach. Die Regierungen der Länder regieren seit Wochen mit faktischen Notstands-Verordnungen. Die Rechtslage ändert sich nahezu täglich; effektiver Rechtsschutz ist kaum noch zu erlangen. Das Mindeste, was die Bürger*innen erwarten dürfen ist, dass der Staat dazu verpflichtet wird, seine Annahmen substantiiert offen zu legen.

Rechtsanwältin Jessica Hamed

Die Bürde, den infizierten Rechtsstaat zu heilen, liegt nunmehr bei den in diesen Angelegenheiten berufenen Gerichten.

Der Staatsrechtslehrer *Uwe Volkmann* kommentierte am 6. Mai 2020 in der FAZ (Hervorhebungen durch die Unterzeichnenden):

Rechtsanwalt Marcel Kasprzyk

„Irritierend ist vielmehr, was man zu sehen bekommt, wenn man den Blick von den Einzelfragen löst und auf die Gesamttendenz der gegenwärtigen Krisenrechtsprechung lenkt, nennen wir es: das große Ganze. In dieser Gesamttendenz entscheiden die Gerichte keineswegs unterschiedlich, sondern sie entscheiden mehr oder weniger alle gleich oder doch so, dass sich eine einheitliche Linie ergibt, die einen vielleicht etwas

forscher, die anderen etwas weniger forsch, aber in alledem eben doch immer recht nahe an dieser Linie. Diese folgt ihrerseits ziemlich genau der politischen Linie in der Bekämpfung des Virus sowie der gesellschaftlichen Diskussion, die sich daran entzündete.

So hielten sich alle Gerichte in der Ausübung ihrer Kontrollbefugnisse am Anfang nicht nur zurück, sondern übten sie praktisch nicht aus, gleich ob es um die Kontaktbeschränkungen als solche ging oder etwa um Gottesdienste. Eine gewisse Wende markierten einzelne Entscheidungen aus den ersten Aprilwochen, etwa der Beschluss des Oberverwaltungsgerichts Mecklenburg-Vorpommern zur Aufhebung der Absperrung der Ostseeinseln oder die erste Eilentscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Verbot einer Demonstration im Hessischen; schon zuvor hatte dieses in einer frühen Folgenabwägung mahndend auf die Befristung aller Maßnahmen zum 19. April hingewiesen.

Von da lässt sich beobachten, wie die Gerichte nach und nach regelrecht Mut schöpfen, sie die Maßnahmen gründlicher prüfen, gelegentlich – wie jüngst das Verwaltungsgericht Hamburg – sogar Zweifel an der Tragfähigkeit der gesamten rechtlichen Konstruktion aufwerfen. Den vorläufigen Höhepunkt bildet die jüngste Entscheidung des saarländischen Verfassungsgerichtshofs, der mit der dort bislang ganz rigorosen Ausgangsbeschränkung nun erstmals eine der zentralen Regelungen des Social Distancing aufgehoben und dabei auch die politische Begründung regelrecht zerpfückt hat.

Was wären, wenn man es so sieht, die Gründe für diesen Wandel? Es gibt zwei mögliche Antworten, eine bequeme und eine, bei der einem unbehaglich werden kann; auch wenn die richtige Antwort am Ende von beidem etwas haben mag, wäre das Unbehagen nicht restlos verschwunden. Die bequeme Antwort wäre, dass die Veränderung nur der realen Entwicklung der Gefahrenlage folgt, der Abflachung von Infektionskurven und der immer noch weit unterhalb der Kapazitätsgrenzen liegenden Auslastung der Krankenhäuser. Diese Antwort hat für Juristen eine gewisse Plausibilität; in der Tat verändern sich die rechtlichen Anforderungen an die je anzustellenden Prognosen mit zunehmendem Wissen über die Fakten. Allerdings sind die wirklich entscheidenden Fragen nach wie vor völlig offen; die Gefahr der „zweiten Welle“ steht ja, wenn man den Einschätzungen der Experten vertrauen will, nach wie vor durchaus real im Raum.

Dies mündete schließlich in die bekannten Lockerungsdiskussionsorgien, die sich von oben nicht mehr einfangen ließen und sich, legt man die Kurven nur nebeneinander, insgesamt auf eine verblüffende Weise in Rechtsprechung spiegeln. Für jedermann sichtbar, aber wahrscheinlich ohne es selbst überhaupt zu bemerken, hat der saarländische Verfassungsgerichtshof auf den Konnex aufmerksam gemacht, als er seiner von der Begründung her geradezu revolutionär anmutenden Entscheidung gegen die dortigen Ausgangsbeschränkungen die Mitteilung beifügen zu müssen glaubte, er wisse sich dabei **im Einklang mit der Landesregierung**, die jene sowieso ein paar Tage später aufheben wollte.

Im Großen und Ganzen, kann man sagen, folgen die Gerichte der Herde, deren Gang sie weniger selbst beeinflussen als dass sie von ihm beeinflusst werden. Für die Verfassungsgerichte findet man dazu mittlerweile auch schon einige Forschung. In seinem 2009 erschienenen Buch „The Will of the People“ legte etwa der an der New York University lehrende Barry Friedman auf mehr als 600 Seiten dar, wie sich die Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs der Vereinigten Staaten in dessen nicht durchweg glorreicher Geschichte in die je vorhandenen gesellschaftlichen Wertorientierungen einfügten; auch wo beide in einzelnen Punkten oder über kurze Phasen voneinander abwichen, glichen sie sich relativ rasch doch immer wieder an. „Wie die öffentliche Meinung den Obersten Gerichtshof beeinflusst und den Sinn der Verfassung geformt hat“, lautet der sprechende Untertitel. Hierzulande konnte Helmuth Schulze-Fielitz schon in seiner Würzburger Antrittsvorlesung von 1996 lapidar feststellen, es sei keine neue Erkenntnis, dass Verfassungsrechtsprechung dem Zeitgeist folge.

Aber all dies war auf langfristige, subkutane Verschiebungen bezogen, so dass man sie entweder gar nicht recht wahrnahm oder, wo doch, darin kein nennenswertes Problem sah. Demgegenüber vollzieht sich der Umschwung hier in einer Plötzlichkeit, in der er sich wie unter Laborbedingungen zeigt; in einem kurzen, gedrängten Augenblick kommt zusammen, wozu es sonst Dekaden braucht. Und wenn die Fallzahlen wieder steigen und die Angst erneut um sich greift, mag man fast darauf wetten, dass sich die Gesamttendenz auch wieder umkehrt. Was sagt uns dann dieser Befund? Es wäre ungerecht, ihn so zu interpretieren, dass von der Justiz in Krisensituationen nur dann etwas zu erwarten ist, wenn man sie nicht mehr wirklich braucht. Tatsächlich wirkt jede gerichtliche Entscheidung, mit der diese oder jene Freiheitseinschränkung moniert wird, auf den öffentlichen Diskurs ein und mag Entwicklungen, hier nun in Richtung einer Reaktivierung der Grundrechte, inhaltlich mitgestalten oder verstärken: durchaus als

Fortsetzung von Politik mit anderen Mitteln. Aber es wäre ganz offenbar ein Irrglaube, in Lagen wie diesen die Verteidigung der gesellschaftlichen Freiheiten wesentlich von den Gerichten zu erwarten. Die Gerichte sind vielmehr selbst angewiesen auf einen gesellschaftlichen Sinn für die Freiheit, in den sie ihrerseits eingebettet sein müssen, um ihn zur Entfaltung zu bringen.

Der Boden des Rechts ist überhaupt das Geistige, hatte Hegel geschrieben und damit den Zusammenhang, der sich hier andeutet, in einer Tiefe erfasst, in die ihm die meisten nicht mehr folgen mochten. Aber es gilt nicht nur für den Inhalt des Rechts allgemein, so wie er in die je bestehenden Gesetze gefasst ist, sondern, wie sich nun zeigt, auch für seine praktische Anwendung in ganz elementaren Fragen. Der junge Jurist Andreas Engelmann hat, Gedanken aus seiner gerade fertiggestellten Frankfurter Dissertation aufgreifend, in einem gedankenreichen Beitrag im Januarheft des „Merkur“ **vom Glauben an das Recht gesprochen, der dieses nicht anders trägt als der Glaube der Leute an den Wert des Geldes die Währung. Wo die Ersten anfangen, diesen Glauben zu verlieren, und ihr Geld von den Banken holen, wird aus diesem bloß wertloses Papier.** Beim Recht, schreibt Engelmann, verhalte es sich im Grunde ganz ähnlich, und ebenso wie beim Geld ist es wahrscheinlich besser, wenn man nicht oder jedenfalls nicht dauernd darüber spricht. Das war, geschrieben ein paar Wochen vor der Machtübernahme des Virus, bezogen auf das Recht in der Normallage, nicht auf die Krise. **Aber gerade hier wird man daran auf eine Weise erinnert, die jenen Glauben nachhaltiger erschüttern könnte, als wir es uns jetzt noch vorzustellen vermögen.**

Natürlich ist nach wie vor auch die andere, die bequeme Sicht möglich, die Sicht also etwa auf eine Justiz, die nach kurzem Dahindämmern ihren Kontrollauftrag nun wieder ernst nimmt, die Regierungen zugunsten der bürgerlichen Freiheiten in die Schranken weist, und zwar bloß durch die konsequente Anwendung der bestehenden Regeln. Aber es ist, als hätte man für einen Moment in einen Abgrund geblickt. Man hofft, dass er sich schnell wieder schließen möge, und, wenn er sich dann geschlossen hat, dass man baldmöglichst vergessen möge, was dort für einen kurzen Augenblick zu sehen war.

Irgendwie beunruhigend, das große Ganze.“

<https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/wenn-die-justiz-der-herde-folgt-wie-d-er-zeitgeist-die-rechtsprechung-beeinflusst-16755465.html?premium>

All das ist der Grund, warum es nicht mehr genügt, sich bei Eilanträgen auf eine bloße Folgenabwägung zurückzuziehen. Die Bürger*innen, ohne die ein Staat nichts als eine leere Hülle ist, verlieren den Glauben an den Rechtsstaat.

Um das greifbarer zu machen wird im Folgenden in anonymisierter Weise – da eine kurzfristige Einholung des Einverständnisses zur Veröffentlichung nicht erlangt werden kann – exemplarisch aus drei Emails zitiert, die die Unterzeichnerin erhalten hat und die ihr auch vorliegen, was anwaltlich versichert wird. In den ersten beiden Emails wird die Sorge der Menschen – die Unterzeichnerin könnte noch dutzende Emails dieser Art vorlegen – um den Rechtsstaat deutlich und die Letzte zeigt, mit welchem Stigma Menschen zu kämpfen haben, die ohne Maske einkaufen gehen. Auch Emails dieser Art liegen der Unterzeichnerin mehrfach vor.

7 Mai 2020 13:59:

„zutiefst besorgt um den Bestand unserer Demokratie, deren Aushöhlung durch Maßnahmen der Regierungen des Bundes und der Länder derzeit in größtmöglicher Hast betrieben wird, erhalten die schon getroffenen bzw. noch ausstehenden Entscheidungen des BVerfG und der Landesverfassungsgerichte allerhöchste Bedeutung.

Zur evtl. Unterstützung klagender Prozeßbeteiligter gebe ich Ihnen Kenntnis von der in der Ostseezeitung am 30.4.2020 zitierten Aussage des Regierungssprechers der Ministerpräsidentin des Landes M-V wie folgt:

Zitat:

Wir orientieren uns bei unseren Entscheidungen an Empfehlungen des Robert-Koch-Instituts. Das RKI versammelt das über Jahrzehnte gesammelte Wissen über Infektionskrankheiten. Deshalb sehen wir als Landesregierung keinen Grund Zweitmeinungen einzuholen.

Zitatende.

Diese Aussage stellt aus meiner Sicht zumindest ein starkes Indiz für jedwede fehlende Bereitschaft dar, im Rahmen der notwendigen Abwägung der Notwendigkeit und der Maßnahmenverhältnismäßigkeit alternative Überlegungen auch nur zu erwägen.“

6. Mai 2020 13:41:

„Ich bin kein Jurist sondern seit 35 Jahren Polizist. [...]

Wichtig: Ich schreibe ihnen nicht in der Eigenschaft eines Polizeibeamten. Ich schreibe ihnen außerhalb meines Dienstes in meiner Freizeit als Bürger dieses Staates in keinem Bezug zu meinem Amt. Meine Motivation zu meinem Handeln finden sie in der tiefer Besorgnis darüber, wie der Staat derzeit die Grundrechte eines Jeden so massiv einschränkt. Ich habe die fromme Hoffnung, dass sie meinen Hinweis ggf- nutzen können. Ich möchte als Bürger meinen Beitrag für die Grundrechte geben.

[...]

Dieses ist mein Beitrag zur Wahrung der Verfassung. Ein Bürger in Uniform.“

30. April 2020 15:15

„Ich möchte gegen die Maskenpflicht vorgehen nur wie kann ich das? Ich habe ein Attest vom Arzt und kann das nicht aufsetzen...Sie hätten heute die Reaktionen der Menschen beim Einkaufen erleben sollen das war der blanke Horror für mich. Ich musste mir viel Gemeinheiten anhören und gefallen lassen weil ich ohne Maske dort war.“

Rechtsanwältin Jessica Hamed

Jessica Hamed für den orts-
abwesenden Rechtsanwalt
Marcel Kasprzyk

Jessica Hamed
Rechtsanwältin

Rechtsanwalt Marcel Kasprzyk