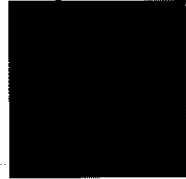


Benjamin Stibi



An den

Bayerischen Verfassungsgerichtshof  
80097 München

[Redacted], 24. November 2021

Nur per Telefax: +49 (089) 5597-3986

Ich erhebe

**Popularklage**

gegen

§§ 2 Abs. 2, 3, 4, 5, 10 Abs. 2, 11 Nr. 1 und 3, 14, 15 der

**Fünftehnten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung**

**(15. BayIfSMV)**

vom 23. November 2021 (BayMBl. Nr. 816)

wegen

Verletzungen der **Allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 101 BV)**, des **Allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 101 i. V. m. Art. 100 BV)**, der **Rechte auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 100, 101 BV)**, **Kunst- und Wissenschaftsfreiheit (Art. 108 BV)**, **Gleichbehandlung (Art. 118 Abs. 1 BV)** und **Arbeit (Art. 166 Abs. 2 BV)** sowie des **Schutzes der Familie (Art. 124 Abs. 1 BV)**

und stelle einen

**Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung**

**(Art. 26 Abs. 1 VfGHG).**

## **A. Zulässigkeit**

### **I. Zuständigkeit**

Der Bayerische Verfassungsgerichtshof ist nach Art. 98 Abs. 4 BV i. V. m. Art. 2 Nr. 7, Art. 55 Abs. 1 VfGHG für die Überprüfung von Rechtsvorschriften des bayerischen Landesrechts auf ihre Verfassungsmäßigkeit zuständig.

### **II. Antragsberechtigung**

Der Antragsteller ist als natürliche Person („jedermann“) nach Art. 55 Abs.1 Satz 1 BV antragsberechtigt.

### **III. Antragsgegenstand**

Die aufgeführten Paragraphen der 15. BayIfSMV sind als Rechtsvorschriften des bayerischen Landesrechts tauglicher Antragsgegenstand.

### **IV. Möglichkeit der Grundrechtsverletzung nach Art. 55 Abs. 1 Satz 2 VfGHG**

An dieser Stelle wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Begründetheit verwiesen. Dort sind die Grundrechtsverletzungen im Einzelnen aufgeführt. Da es sich bei der 15. BayIfSMV um eine bußgeldbewehrte Verordnung handelt, kann jedenfalls eine Verletzung der Allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 101 BV nicht von vornherein ausgeschlossen werden.

### **V. Rechtsschutzbedürfnis**

Die angegriffene Verordnung ist geltendes Recht und wird von bayerischen Behörden aktuell angewendet. Sie soll bis mindestens 15.12.2021 gelten. Somit besteht ein objektives Klarstellungsinteresse; ein Fall der Verwirkung liegt nicht vor.

### **VI. Form**

Das Formerfordernis nach Art. 14 Abs. 1 VfGHG wurde gewahrt.

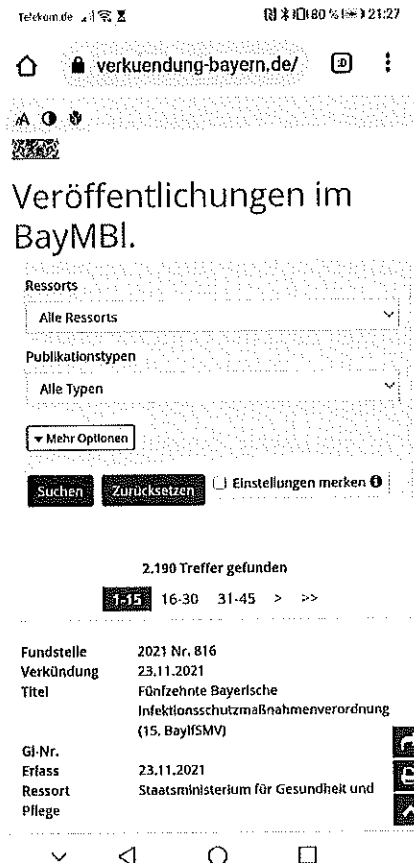
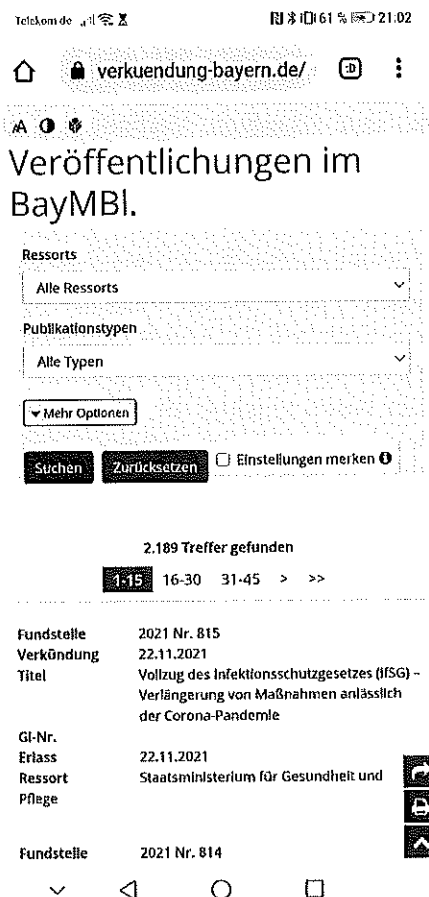
### **VII. Zwischenergebnis**

Der Antrag ist zulässig.

## B. Begründetheit

### I. Formelle Rechtswidrigkeit

Die 15. BayIfSMV wurde nach Nr. 2.2 S. 1 VeröffBek i. V. m. Art. 51 Abs. 2 LStVG a. F. am 23. November 2021 gegen 21:30 Uhr auf <https://www.verkuendung-bayern.de/baymbi/> bekanntgemacht. Laut § 18 Abs. 1 sollte sie am 24. November 2021 in Kraft treten, also lediglich zweieinhalb Stunden später. Folgende Screenshots belegen die Uhrzeit (Links: 21:02 Uhr noch ohne Verordnung, rechts: 21:27 Uhr mit Verordnung):



Laut Art. 50 Abs. 1 LStVG muss in jeder Verordnung der Zeitpunkt bestimmt werden, an dem sie in Kraft tritt. Nach Nr. 50.2 VollzBekLStVG soll die Verordnung den Kalendertag angeben, an dem sie in Kraft tritt. Vorliegend hat das Bayerische Staatsministerium für Gesundheit und Pflege dementsprechend eine Tagesfrist gewählt, vgl. § 18 Abs. 1 der 15. BayIfSMV (24. November 2021).

Die Zeit zwischen Bekanntgabe und Inkrafttreten einer Verordnung – besonders einer bußgeldbewehrten Verordnung, wie hier der Fall, vgl. die Auflistung der Ordnungswidrigkeiten in § 17 der 15. BayIfSMV – ist notwendig, damit die Bürger von der Rechtsänderung Kenntnis erlangen und sich auf ihre Geltung einstellen können (vgl. BVerwG v. 24.05.2018, 3 C 25.16 Rn. 19 ff.).

Aus Gründen der Rechtssicherheit muss man daher davon ausgehen, dass eine Bekanntmachung beispielsweise um 23:59 Uhr des Vortages des Datums des Inkrafttretens nicht ausreicht, um die Frist zu wahren. Vielmehr ist bei der Berechnung der Frist auf den

Zeitraum abzustellen, in dem sich der durchschnittliche Normadressat über Rechtsänderungen informiert. Die Bürger werden zurecht annehmen, dass die Verkündung neuer Verordnungen für gewöhnlich während der Öffnungszeiten der zuständigen Behörde geschieht.

Die Bekanntmachung um 21:30 Uhr erfolgte somit weit nach Ende der üblichen Geschäfts-/Öffnungszeiten von Behörden oder Gerichten und nur wenige Stunden vor Inkrafttreten der Vorschrift. Die überwiegende Mehrheit der bayerischen Bevölkerung wird frühestens am Vormittag des nächsten Tages Kenntnis von dieser Vorschrift erlangt haben.

Der Bayerische Verfassungsgerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 24. April 2020 zur Ausgangsbeschränkung in der 2. BayIfSMV ausgeführt, dass auch bei einem nicht offensichtlichen Bestimmtheitsdefizit zu berücksichtigen sei, dass Menschen in Verkennung der Rechtslage aus Unsicherheit durchaus auch von an sich erlaubten Verhaltensweisen abgehalten werden können (vgl. VerfGH München, Entscheidung v. 24.04.2020 – Vf. 29-VII-20 Rn. 25).

Die fehlende Vorlaufzeit führt zu einer unverschuldeten Verkennung der Rechtslage und somit zum selben Ergebnis wie die inhaltliche Unbestimmtheit einer Norm. Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Garantie effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG auch die Möglichkeit der Präventivklage miteinschließt. Normenkontrollen, Popularklagen und Verfassungsbeschwerden können schon vor Inkrafttreten der Norm eingereicht werden, wenn die konkrete Beschwer bereits abzusehen ist und schon mit Inkrafttreten schwerwiegende Nachteile entfaltet. Gerade für Betriebe, die vom täglichen Kundenkontakt leben wie Restaurants oder Hotels sind weite Vorlaufzeiten unabdingbar. Damit lässt sich aus dem Rechtsstaatlichkeitsprinzip analog dem Bestimmtheitsgebot die Notwendigkeit einer angemessenen Vorlaufzeit ableiten.

Es stellt sich die Frage, wie die Normadressaten mitten in der Nacht innerhalb zweieinhalb Stunden einen zulässigen und begründeten Eilantrag formulieren, beim Verfassungsgerichtshof einreichen und dieser innerhalb dieser Zeit auch noch darüber entscheiden hätte sollen. Umso schwerer wiegt, dass die Verordnungsbegründung nicht mehr vor Inkrafttreten der Norm veröffentlicht wurde. Somit liegt ein Verstoß gegen § 28a Abs. 5 Satz 1 IfSG und eine Verletzung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz vor, da die Regierung den Klägern für ihren Rechtsschutz relevante Informationen vorenthält.

Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass die neuen Maßnahmen inhaltlich in Pressekonferenzen oder Interviews einzelner Regierungsmitglieder angekündigt wurden. Solange diese Ankündigungen nicht **formell** als Verordnung bekanntgemacht worden sind, liegt es gerade in ihrem Wesen, dass sie noch keine Bindungswirkung entfalten und deshalb ohne den genauen Wortlaut auch noch nicht dagegen rechtlich vorgegangen werden kann. So sieht auch Nr. 51.7 VollzBekLStVG selbst im Fall einer Notbekanntmachung vor, dass der vollständige Wortlaut der Verordnung mitgeteilt werden muss, was vorliegend vor der Veröffentlichung im Ministerialblatt nicht geschah.

Die Regierung kann sich auch nicht darauf berufen, dass die Veröffentlichung um 21:30 Uhr als Notbekanntmachung zu werten und somit keine angemessene Vorlaufzeit nötig gewesen wäre.

Zum einen war keine Notbekanntmachung nach Art. 51 Abs. 3 S. 1 LStVG zur Verhütung erheblicher Gefahren für Leben, Gesundheit oder zum Schutz von Sachgütern erforderlich. Seit

dem 18.11.2021 kursieren Medienberichte, dass die Bayerische Staatsregierung eine Ausweitung der geltenden Corona-Maßnahmen erwägt.

Vgl. <https://www.br.de/nachrichten/bayern/corona-regeln-soeder-kuendigt-grundlegende-verschaerfung-an,Sp6pN7O>

Die Beschlussfassung im Kabinett ist jedoch erst fünf Tage später erfolgt. Dies zeigt, dass die Situation nicht so eilbedürftig gewesen wäre, dass man die Änderungsverordnung nicht zu einer angemessenen Uhrzeit und zumindest einem weiteren Tag Vorlaufzeit bekanntmachen hätte können. Nachdem die Bekanntgabe ohnehin lediglich auf einer von der Regierung betriebenen Internetplattform erfolgt, auf die sie jederzeit Zugriff hat, ist ihr das technisch auch ohne weiteres möglich.

Zum anderen wurde die Vorschrift des Art. 50 Abs. 1 Satz 3 LStVG a. F., dass bei Notbekanntmachungen die Verordnung ausnahmsweise sofort in Kraft trete, durch § 2 des Gesetzes zur Änderung des Bayerischen Land- und Amtsarztgesetzes und weiterer Rechtsvorschriften vom 27. April 2020 (GVBl. 2020, S. 236) entfernt. Es gilt somit auch für Notverordnungen die allgemeine Regel des Art. 50 Abs. 1 LStVG n. F., die rückwirkend nicht abgeändert werden kann (vgl. LT Bayern Drs. 18/7347 S. 2).

Mangels angemessener Vorlaufzeit zwischen Bekanntgabe und Inkrafttreten ist die Änderungsverordnung daher bereits formell rechtswidrig.

## II. Materielle Rechtswidrigkeit

### 1. Wesentlichkeitstheorie

Aus dem rechtsstaatlichen Rechtsbindungsgebot aller staatlichen Gewalten wird der **Vorbehalt des Gesetzes** abgeleitet. Nach der in diesem Zusammenhang vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Wesentlichkeitstheorie müssen die wesentlichen Entscheidungen vom Parlament selbst getroffen werden. Der Wesentlichkeitsbegriff stellt auf die Intensität der Betroffenheit der Grundrechte, die Größe des Adressatenkreises und die Dauer der Festlegung ab. Vor diesem Hintergrund kann kein ernster Zweifel daran bestehen, dass an Intensität und Umfang beispiellose Grundrechtseingriffe, wie sie in der Corona-Krise stattgefunden haben, als wesentlich anzusehen sind. Diesem Parlamentsvorbehalt genügt der §28a IfSG, der die Kumulierung von Grundrechtseingriffen von hoher Intensität ohne nähere Vorgaben dem Verordnungsgeber überlässt, eben nicht. Zusätzlich sollten sich die Verordnungen nach dem Gewaltenteilungsprinzip und der Wesentlichkeitstheorie eigentlich auf die bloße Umsetzung und Konkretisierung eines vom Parlament verabschiedeten Regelungsprogramms beschränken. Stattdessen regelt und gestaltet die 15. BayIfSMV zahlreiche Lebensbereiche mit unterschiedlicher Reichweite neu und schafft so ein zwar temporäres, aber eigenständiges Sonderrechtsgebiet. Verfassungsrechtlich haltbar wäre dieses Vorgehen bloß, wenn die Länder von der Möglichkeit des Art. 80 Abs. 4 GG Gebrauch machen würden, was in Bayern aber nicht geschehen ist.

Vgl. Pautsch/Haug, Parlamentsvorbehalt und Corona-Verordnungen – ein Widerspruch, Neue Justiz 7/2020, S. 282

Der Landtag wurde erneut nur symbolisch mit der neuen Verordnung befasst.

Die Verordnung verstößt auch gegen § 28a Abs. 3 Satz 4 IfSG, wonach wesentlicher Maßstab für die weitergehenden Schutzmaßnahmen insbesondere die Anzahl der in Bezug auf die Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) in ein Krankenhaus aufgenommenen Personen je

100 000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen (**Hospitalisierungsrate**) sein soll. Die 15. BayIfSMV verwendet jedoch als einzige Kenngröße die 7-Tages-Inzidenz (vgl. § 15 Abs. 1).

Dieser Wert stellt jedoch keinen aussagekräftigen Indikator für eine drohende Überlastung des Gesundheitssystems dar. Hierfür ist nämlich weniger die Anzahl von Infektionen entscheidend, sondern vielmehr die Anzahl von ernsthaften Erkrankungen. Da COVID-19-Infektionen in der Mehrzahl asymptomatisch verlaufen, müsste der Tatbestand zumindest weitere Faktoren wie die konkrete Situation in den Krankenhäusern oder die Impfquote im jeweiligen Landkreis beinhalten, um verlässlich Auskunft über die zu erwartende Auslastung des Gesundheitssystems zu geben. Nicht näher begründen lässt sich auch die Festlegung auf eine Inzidenz von 1000, da die fortschreitende Impfung (besonders von Risikopersonen) die im bisherigen Pandemieverlauf festgestellten Relationen zwischen Inzidenzwert und Krankenhausauslastung obsolet macht.

Vgl. Frederik Ferreau, Ausgebremste Grundrechte – Die geplante Ausgangssperre im Infektionsschutzgesetz, JuWissBlog Nr. 31/2021 v. 14.04.2021, <https://www.juwiss.de/31-2021/>

## **2. Ungleichbehandlung von Geimpften und Nicht-Geimpften**

Die Ungleichbehandlung von Geimpften und Nicht-Geimpften unter der Prämisse, dass letztere verstärkt zum Infektionsgeschehen und der Überlastung des Gesundheitssystems beitragen würden, ist in dieser Pauschalität nicht haltbar.

a)

Zunächst ist zu beachten, dass von den 25.003 betriebsbereiten Intensivbetten in Deutschland lediglich 4.015 mit Covid-Patienten belegt sind. 12,4 % der Betten sind noch frei.

Vgl. <https://www.swr.de/swraktuell/corona-lage-auf-den-intensivstationen-100.html> (Stand: 24.11.2021)

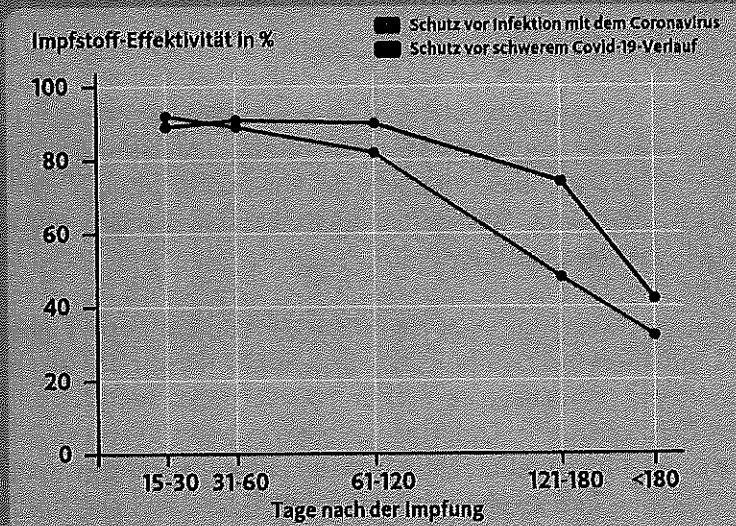
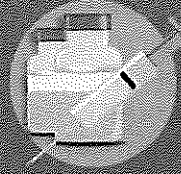
Auch wenn die Intensivstationen aktuell punktuell stark belastet sind, droht nach hiesiger Ansicht aufgrund der freien Betten und da insbesondere Risikogruppenangehörige die Möglichkeit zur Booster-Impfung, die zumindest vorübergehend einen Schutz vor schweren Verläufen bietet, haben, keine Pandemie-bedingte Überlastung des gesamtdeutschen Gesundheitssystems, sodass auch eine Verlegung von Patienten nicht mehr möglich wäre.

b)

Ein wichtiger Punkt ist in diesem Zusammenhang auch, dass inzwischen allgemein bekannt ist, dass die Immunisierungswirkung von Impfungen bereits nach wenigen Monaten stark nachlässt:

CORONA

## So verändert sich der Impfschutz mit der Zeit



Die Daten gelten gemittelt für alle Impfstoffe. Die Wirkung lässt grundsätzlich nach einigen Monaten nach. Allerdings ist die Geschwindigkeit unterschiedlich – beim AstraZeneca-Impfstoff geht es am schnellsten, die Kreuzimpfung ist dagegen am längsten effektiv.

Quarks

Quelle: Nordström et al. (2021), Pre-Print

WDR

Vgl. Quarks, <https://www.instagram.com/p/CV0einYKQvg/>

Aus diesem Grund liegen aktuell auch immer mehr Geimpfte auf den Intensivstationen:

„Die Corona-Zahlen steigen unaufhörlich und die Kliniken laufen mit Covid-19-Patienten voll. Dabei landen auch mehr Geimpfte auf den Intensivstationen. Im September 2021 waren noch über 90 Prozent der Covid-Intensivpatienten ungeimpft, Anfang November lag ihr Anteil nur noch bei 74 Prozent, teilt die Deutsche Krankenhausgesellschaft mit. „Wir werden auch eine Pandemie der Durchbruchinfektionen haben“, sagte der Intensivmediziner Uwe Janssens der dpa. In den Hamburger Intensivstationen sind momentan circa 70 Prozent der Corona-Patienten nicht gegen das Coronavirus geimpft, 30 Prozent liegen dort trotz Impfung, sagt Stefan Kluge dem Tagesspiegel. Er ist Direktor der Intensivmedizin am Universitätsklinikum Hamburg-Eppendorf. Dort werden elf Menschen mit schweren Covid-19-Verläufen intensivmedizinisch behandelt, in drei Fällen trotz Impfung. „Es liegen zunehmend mehr Geimpfte auf den Intensivstationen, das hat mehrere Gründe“, sagt Kluge. „Die Wirkung der Impfung lässt mit der Zeit nach, vor allem bei älteren Menschen.“ Wenn zum Beispiel ein 80-Jähriger vor neun Monaten immunisiert wurde, sei der Schutz nicht mehr ausreichend. Vor allem vor der sehr ansteckenden Delta-Variante.

[...]

Laut Kluge wird der Anteil der Geimpften auf den Intensivstationen noch wachsen. „Es wird so sein, dass wir bald 50 Prozent Impfdurchbrüche auf den Intensivstationen haben“, sagt er.

[...]

Selbst wenn die Wirkung der Impfung nachgelassen habe, bleibe eine gewisse Schutzwirkung. Trotzdem gilt: Auch wer geimpft ist, kann zum Pandemiegeschehen beitragen. Von der Formulierung „Pandemie der Ungeimpften“, die von Medizinern und Politikern zuletzt benutzt wurde, hält Kluge deshalb nicht viel. „Das ist eine Pandemie der gesamten Gesellschaft“, sagt er.“

Vgl. <https://plus.tagesspiegel.de/wissen/pandemie-der-durchbruchsinfektionen-wer-sind-die-geimpften-auf-den-intensivstationen-305707.html>

Dennoch behauptet die Bayerische Regierung wiederholt, dass sich das Infektionsgeschehen stark zwischen der geimpften und der ungeimpften Bevölkerung unterscheide. Dem ist entgegenzuhalten, dass das RKI, auf dessen Datengrundlage die von der Regierung angeführten Inzidenzen beruhen, **die Zahlen infizierter Geimpfter nicht erfasst**. Erfasst werden nur „Impfdurchbrüche“, die das RKI, wie folgt, definiert:

„Ein Impfdurchbruch liegt vor, wenn bei einer vollständig geimpften Person eine PCR-bestätigte SARS-CoV-2 Infektion mit Symptomatik festgestellt wird. Ein vollständiger Impfschutz besteht in der Regel, wenn nach der letzten erforderlichen Impfdosis 14 Tage vergangen sind (2-Dosen-Impfschema bei Comirnaty, Spikevax und Vaxzevria, 1-Dosen-Impfschema bei Janssen). Ein Impfdurchbruch würde also bspw. vorliegen, wenn eine Person, die vor einigen Monaten ihre zweite Impfung erhalten hat, sich nun mit SARS-CoV-2 ansteckt (positiver PCR-Test) und bspw. Halsschmerzen und Fieber entwickelt. Impfdurchbrüche werden wöchentlich im ausführlichen Situationsbericht des RKI veröffentlicht.

Davon abzugrenzen sind asymptomatische Verläufe unter vollständig Geimpften, d.h. die Personen sind PCR-positiv, zeigen aber keinerlei Symptome; diese gelten nicht als Impfdurchbrüche.“

[https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/COVID-Impfen/FAQ\\_Liste\\_Wirksamkeit.html](https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/COVID-Impfen/FAQ_Liste_Wirksamkeit.html)

Ein Geimpfter, der per Schnelltest eine Infektion feststellt und von einem PCR-Test absieht, wird somit vom RKI statistisch nicht erfasst. Dies auch dann nicht, wenn er Corona-Symptome entwickelt. Auch ein Geimpfter, der per PCR-Test eine Infektion feststellt, wird vom RKI statistisch nicht erfasst, solange er keine Corona-Symptome entwickelt. Inbesondere die statistische Ausblendung von symptomlosen Infizierten ist inkonsequent und verzerrend, da das RKI bei Ungeimpften keine Unterscheidung zwischen Menschen mit Symptomen und symptomlosen Verläufen trifft. Setzt man somit die Zahlen der ungeimpft-Infizierten mit den Zahlen der „Impfdurchbrüche“ in ein Verhältnis, entsteht ein schiefes Bild. Man vergleicht „ungeimpfte Äpfel“ (Infizierte) mit „geimpften Birnen“ (Symptomatische).

Vgl. Härtling, 2G: infizierte Äpfel und symptomatische Birnen, <https://www.linkedin.com/pulse/2g-infizierte-%25C3%25A4pfel-und-symptomatische-birnen-niko-h%25C3%25A4rtling>

Hinzu kommt, dass vor allem Schüler, die noch überwiegend ungeimpft sind, regelmäßig und flächendeckend getestet werden, was sich überproportional auf die Statistik auswirkt. Personen, die auf die Intensivstation gebracht werden und deren Impfstatus *nicht bekannt* ist, werden zudem als „ungeimpft“ geführt.

Die Sensitivität der Antigenschnelltests für hohe Viruslasten ist dagegen äußerst überzeugend:



„The sensitivity was found to range between 97-100 % in clinical samples with Ct values < 25, between 50-81 % in those with Ct values between 25 and < 30, but low as 12-18 % in samples with Ct values between 30 and < 37.“

Vgl. <https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/dx-2020-0154/html>

Die ansteckend Infizierten mit Ct < 25 werden folglich zu über 90 Prozent gefunden. Verpasst werden lediglich Fälle mit hohem Ct-Wert, also Fälle, die noch nicht oder nicht mehr infektiös sind.

Bei PCR-Tests war bisher immer das Problem, dass sie sogar „zu genau“ waren und auch schon bei kleinsten Virusmengen, also auch dann, wenn die Person nicht infektiös ist, ausgeschlagen haben.

Vgl. <https://www.aerzteblatt.de/archiv/214890/PCR-Tests-auf-SARS-CoV-2-Hohe-Sensitivitaet>

Der PCR-Test gilt im Übrigen in Deutschland immer noch als Goldstandard

[https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Vorl\\_Testung\\_nCoV.html](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Vorl_Testung_nCoV.html)

Ein PCR-Test gilt bei den Gesundheitsämtern paradoxerweise ja auch als einziges Kriterium bei der Beurteilung, ob eine Person infiziert ist oder nicht.

Von einem Ungeimpften mit einem aktuellen negativen Schnell-/PCR-Test geht somit ein geringeres epidemiologisches Risiko aus als von einem Geimpften, dessen letzte Impfung möglicherweise schon so weit zurückliegt, dass sie praktisch keine Schutzwirkung mehr entfaltet.

Bislang gibt es, anders als etwa in Israel, wo die Impfung nur für sechs Monate anerkannt wird, derzeit **keine zeitliche Begrenzung** in Deutschland. Eine pauschale Besserstellung aller Geimpften **ohne Rücksicht auf ihren Booster-Status bzw. den Zeitpunkt ihrer Impfung** ist daher nicht gerechtfertigt.

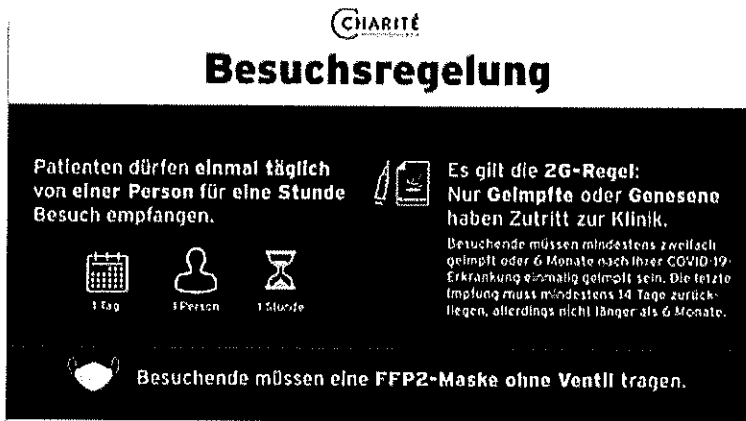
Sogar die Charité in Berlin zählte zwischenzeitlich nur noch diejenigen als geimpft, deren Impfung nicht länger als sechs Monate zurückliegt, ausweislich eines Tweets des Welt-Journalisten Tim Röhn vom 16.11.2021:

← Thread



Tim Röhn  
@Tim\_Roehn

Wer vor mehr als sechs Monaten geimpft wurde,  
bekommt ab sofort keinen Zutritt mehr zur  
@ChariteBerlin.



6:34 nachm. · 16. Nov. 2021 · Twitter Web App

455 Retweets 90 Zitierte Tweets 1.222 „Gefällt mir“-Angaben

[https://twitter.com/Tim\\_Roehn/status/1460662619510128647?s=20](https://twitter.com/Tim_Roehn/status/1460662619510128647?s=20)

Während der PCR-Test eine äußerst hohe Genauigkeit sowohl auf Ebene der Spezifität als auch insbesondere auf Ebene der Sensitivität aufweist (<https://www.quarks.de/gesundheit/medizin/corona-test-wie-funktioniert-der-test/>; [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Vorl\\_Testung\\_nCoV.html;jsessionid=488BCAD727B6CFD39F7239F482EFC048.internet112?nn=13490888#doc13490982bodyText9](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Vorl_Testung_nCoV.html;jsessionid=488BCAD727B6CFD39F7239F482EFC048.internet112?nn=13490888#doc13490982bodyText9)) und eine *reale Aussage* über den Getesteten darstellt, wird eine Schutzwirkung bei der Impfung, obwohl inzwischen bekannt ist, dass sie extrem rasch nachlässt und zudem unklar ist, ob bei der betreffenden Person überhaupt eine Immunreaktion erfolgt oder ob ein Impfversagen vorliegt, lediglich *angenommen*.

Zu Beginn des Jahres hat die Bundesjustizministerin noch zutreffend geäußert:

„Solange nicht wissenschaftlich sicher belegt ist, dass die Impfung auch vor einer Weitergabe des Virus schützt, kommt eine unterschiedliche Behandlung von Geimpften gegenüber Nicht-Geimpften nicht in Frage“.

Vgl.

[https://www.bmjv.de/SharedDocs/Interviews/DE/2021/Print/0125\\_Redaktionsnetzwerk\\_Deutschland\\_RND.html](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Interviews/DE/2021/Print/0125_Redaktionsnetzwerk_Deutschland_RND.html)

Der Virologe Alexander Kekulé erklärte ferner jüngst, wieso 2G sogar Teil des Problems und nicht die Lösung ist:

„ntv: Österreich macht ab heute Ernst. Alle, die weder geimpft noch genesen sind, müssen in den Lockdown. Glauben Sie, dass die Zahlen so wieder sinken werden?

Alexander Kekulé: Nein, das wird nicht funktionieren. Dieses sogenannte 2G-Modell ist ja Teil des Problems und nicht Teil der Lösung. Die Menschen, die geimpft oder genesen sind, glauben, sie wären sicher, weil man ihnen das bis vor Kurzem auch gesagt hat. Sie gehen auf Partys, wo es keine Obergrenzen gibt. Sie treffen sich ohne Masken und Abstände. Es gibt keine Nachverfolgung und diese Menschen werden auch nicht mehr getestet. Das war ja Teil der Strategie, dass man ihnen versprochen hat, dass sie das bekommen, wenn sie sich impfen lassen. Das Problem ist nur, dass das Virus da nicht ganz mitspielt. Auch die Geimpften und die Genesenen infizieren sich natürlich zu einem erheblichen Teil. Dadurch haben wir eine unsichtbare Welle. Genauso ist es auch in Österreich und deshalb ist das der falsche Weg, dieses Konzept jetzt noch zu verstärken.

[ntv:] Auch in Deutschland ist nach den Plänen der Ampel-Parteien ein Lockdown für Ungeimpfte möglich. Sie halten davon also nichts?

[Kekulé:] Nein, denn 2G ist Teil des Problems. Wir haben aber noch ein zweites Problem: Dass in den Schulen einfach alles laufen gelassen wird. Da gibt es ja keine Maske mehr, keinen Abstand, keine Nachverfolgung, keine Quarantäne mehr. Dadurch haben wir so eine hohe Fallzahl. Und dann gibt es zwei Achillesfersen. Die eine sind die Menschen über 60, die noch ungeimpft sind. Das sind drei Millionen in Deutschland und das ist natürlich ein Problem. Und das andere Problem sind die vielen Durchbrüche bei den zweifach Geimpften. Die sterben nicht unbedingt daran, das ist klar. Aber sie kommen in die Krankenhäuser, sie liegen auf den Intensivstationen. Heute ist es schon so, dass etwa die Hälfte der Patienten in den Krankenhäusern und auch die Hälfte der Verstorbenen in Deutschland geimpft waren.“

Vgl. <https://www.n-tv.de/panorama/2G-ist-Teil-des-Problems-nicht-Teil-der-Loesung-article22931834.html>

Die Molekularbiologin Dr. Franziska Briest erläutert zudem, wieso 2G auch nicht notwendigerweise zu einer Verringerung der Hospitalisierungen führt:

„Da aber davon auszugehen ist, dass eine 2G Regel, wie in Sachsen, vor allem in Innengastronomie, Veranstaltungen, Freizeit- und Kultureinrichtungen, Clubs und Bars Anwendung finden wird, aber z.B. nicht in Kirchen, ist es nicht unwahrscheinlich, dass die Regelung die **Ziel-Altersgruppe** für einen Schutz durch Ausschließen mehrheitlich verfehlen dürfte. Menschen, die durch ihr Alter also ein höheres Risiko sowohl für ungeschützte Infektionen als auch für Durchbruchinfektionen haben, werden in besonders gefährdeten Bereichen, wie schlecht gelüfteten Clubs und Bars, eher seltener anzutreffen sein.

Gleichzeitig steigt das Risiko, dass diese Personen als Sekundärkontakte mehrheitlich ungetesteter Veranstaltungsbesucher:innen infiziert werden. Gerade mit steigendem Alter sind auch Geimpfte nicht hundertprozentig geschützt. Auch wenn die Impfungen generell auch nach Monaten einen hohen bis sehr hohen Schutz vor vielen schweren Symptomen, Hospitalisierung und Tod bieten, nimmt auch hier bei über 65-Jährigen der Schutz mit der Zeit deutlich ab. Bei Cohn et al. liegt die Effektivität der Impfungen gegen Tod für diese Altersgruppe nach 8 Monaten im Schnitt bei 71.6% über alle Impfungen und bei 52.2% für Janssen, 75.5% für Moderna und 70.1% für Pfizer-BioNTech. [...]

Das Risiko, als ungeimpfter Sekundärkontakt oder geimpfter Primärkontakt einer unter 2G stattgefundenen Übertragung zu Schaden zu kommen, ist daher durchaus relevant und kann durch einfache Mittel, wie regelmässiges Testen und Veranstaltungen unter G-Quadrat-Bedingungen\*\*\* unkompliziert und deutlich reduziert werden.“

Vgl. <https://publikum.net/2g-sinnvoll-oder-gefährlich/>

Vom Ordnungsgeber unberücksichtigt bleibt eben, dass **nicht alle Vakzine gleich wirksam** sind. So rät die Stiko inzwischen allen mit Johnson und Johnson Geimpften eine Zweitimpfung mit einem mRNA-Impfstoff.

<https://www.rnd.de/gesundheit/stiko-empfehl-zweitimpfung-was-johnson-und-johnson-geimpfte-jetzt-wissen-muessen-IYWGJKMJPRDVBJ5DVODPBGWE6Y.html>

Folgen die Geimpften dem Ratschlag nicht, gelten sie gleichwohl als geimpft.

Ferner ist bald mit einer Empfehlung zu einer Booster-Impfung für alle ab 18 Jahren seitens der Stiko zu rechnen,

<https://www.welt.de/wissenschaft/article235100172/Booster-Impfung-Stiko-wird-Auffrischung-fuer-alle-ab-18-Jahren-empfehlen.html>

sodass hieraus nur geschlossen werden kann, dass ein vollständiger Impfschutz mit einem Ablaufdatum versehen werden müsste; wäre dem nicht so, würde schließlich nicht allgemein zur Booster-Impfung geraten werden.

Man könnte sogar argumentieren, dass das **Untermaßverbot** den Ordnungsgeber dazu verpflichtet, das 2G-Modell in ein 1G-Modell (überall Zutritt nur noch mit negativem Testergebnis) umzuwandeln.

c)

Die Staatsregierung wird sich mutmaßlich darauf berufen, dass ihr ein weiter Einschätzungs-/Ermessensspielraum zustehe. Dieser wird jedoch überschritten, wenn die getroffene Entscheidung in Anbetracht des Zweckes der Ermächtigung schlechterdings unvertretbar oder unverhältnismäßig ist.

Vgl. VGH München, Beschluss v. 04.10.2021 – 20 N 20.767, Rn. 65.

Die **Einschätzungsprärogative** wird schon dadurch eingeschränkt, dass es der Ordnungsgeber wider besseren Wissens unterlassen hat, dem Schwund der Pflegekräfte und dem damit einhergehenden Rückbau der Intensivbetten entgegenzuwirken. Denn dadurch wären die Maßnahmen zur Kontaktreduzierung gar nicht erst nötig gewesen. Die Vermeidung von Ansteckungen generell stellt vor dem Hintergrund des Rechts auf eigenverantwortliche Selbstgefährdung nämlich kein legitimes Ziel in unserer Verfassungsordnung dar, solange dadurch keine Überlastung des Gesundheitssystems insgesamt droht.

Außerdem muss der Ordnungsgeber den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG in der Ausprägungsform des **Folgerichtigkeitsgebots** beachten.

Das Gebot der Folgerichtigkeit bzw. Systemgerechtigkeit wurde vom Bundesverfassungsgericht erstmals in Anwendung des Art. 3 GG im beamtenrechtlichen Versorgungsrecht herausgearbeitet. Hier hat das Gericht darauf abgestellt, dass der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz sich in einem bereits vom Gesetzgeber normierten von ihm selbst gesetzten System konkretisierter Rechtspositionen und bestimmter Wertungen und Vernünftigkeitstraster vor allem als Forderung nach Folgerichtigkeit der Regelungen, gemessen an den Angelpunkten der gesetzlichen Wertungen verwirkliche.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 9. Februar 1982 – 2 BvL 6/78 –, juris, Rn. 72 = BVerfGE 60, 16-52.

Seine Fortsetzung fand diese Rechtsprechung sodann im Sachbereich des Steuerrechts. Hier hat der Gesetzgeber bei der Auswahl des Steuergegenstandes und bei der Bestimmung des Steuersatzes einen weitreichenden Gestaltungsraum. Nach Regelung dieses Ausgangstatbestandes aber hat er die einmal getroffene Belastungsentscheidung folgerichtig im Sinne der Belastungsgleichheit umzusetzen. An dieser von ihm selbst getroffenen Grundentscheidung muss sich der Gesetzgeber festhalten lassen und sie folgerichtig umsetzen. Das Gebot der folgerichtigen Umsetzung der einmal getroffenen Belastungsentscheidung betrifft auch den Gesetzesvollzug und die Rechtsprechung, wenn für vergleichbare Sachverhalte und künftige Entwicklungen offene steuerliche Tatbestandsmerkmale durch Auslegung zu konkretisieren sind.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 29. Oktober 1999 – 2 BvR 1264/90 –, juris, Rn. 20 = BStBl II 2000, 155, BVerfGE 101, 132-141; Beschluss vom 10. November 1999 – 2 BvR 1820/92 –, juris, Rn. 10 = BStBl II 2000, 158; Beschluss vom 13. Februar 2008 – 2 BvL 1/06 –, juris, Rn. 117 = BVerfGE 120, 125-168.

Den Grundsatz der Folgerichtigkeit und der Systemgerechtigkeit hat das Bundesverfassungsgericht in der Folge auch im Gesundheitsgefahrenabwehrrecht übernommen und im Zusammenhang mit den landesrechtlichen Nichtrauchergesetzen – dort allerdings im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung – ausgeführt, dass Gefahreinschätzungen nicht schlüssig seien, wenn identischen Gefährdungen in demselben Gesetz unterschiedliches Gewicht beigemessen werde. Deshalb bleibt der Gesetzgeber an seine Entscheidung gebunden. Hat sich der Gesetzgeber aufgrund des ihm zukommenden Spielraums zu einer bestimmten Einschätzung des Gefahrenpotenzials entschlossen, auf dieser Grundlage die betroffenen Interessen bewertet und ein Regelungskonzept gewählt, so muss er diese Entscheidung auch folgerichtig weiterverfolgen.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 29. September 2010 – 1 BvR 1789/10 –, juris, Rn. 25; Urteil vom 30. Juli 2008 – 1 BvR 3262/07 –, juris, Rn. 134 ff. = BVerfGE 121, 317-388.

In einer früheren Entscheidung zum gesetzlichen Impfstoffversandverbots für Apotheker hatte das Bundesverfassungsgericht ausgeführt, dass Gefahreinschätzungen nicht schlüssig sind, wenn identischen Gefährdungen in denselben oder in anderen, aber dieselbe Materie betreffenden Gesetzen unterschiedliches Gewicht beigemessen wird. Die gesetzgeberische Einschätzung wird fraglich, wenn zur Begründung von Gesetzesänderungen Gefährdungspotentiale herangezogen werden, die eine intensivere Beschränkung der Berufsfreiheit plausibel machen sollen, obwohl dafür tatsächliche Erkenntnisse fehlen.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 11. Februar 2003 – 1 BvR 1972/00 –, juris, Rn. 43 = BVerfGE 107, 186-205.

Obwohl inzwischen bewiesen ist, dass auch Geimpfte und Genesene in rechtlich relevantem Ausmaße das Virus weiterverbreiten und so zur Belastung der Intensivstationen beitragen können, behandelt der Verordnungsgeber diese Personengruppen weiterhin privilegiert und durchbricht dadurch aus nicht nachvollziehbaren Gründen, mithin verfassungsrechtlich nicht tragbaren Gründen, an einer Vielzahl von Stellen sein eigenes Schutzkonzept und hat im Hinblick auf seine Gefahreinschätzung eine nicht folgerichtige Regelungslage geschaffen hat, die zu Ungleichbehandlungen geführt hat, die nicht gerechtfertigt sind und nicht gerechtfertigt werden können.

Dass der Verordnungsgeber in der 15. BayIfSMV für zahlreiche Bereiche 2G-Plus normiert hat, verstärkt diese Inkohärenz zusätzlich:

Entweder geht er weiterhin davon aus, dass Geimpfte kein (signifikantes) Infektionsrisiko aufweisen bzw. nicht relevant infektiös sind. Dann ist aber bei der Prüfung der Angemessenheit zulasten des Verordnungsgebers verstärkt zu berücksichtigen, dass insbesondere die bspw. in §§ 10 Abs. 2, 14 Abs. 3, 15 festgelegten Pauschalschließungen eine beträchtliche „Streubreite“ aufweisen, da sie für viele Bürger unabhängig von der „Gefährlichkeit“ ihrer Person oder ihrer ausgeübten Tätigkeiten gelten. Solche Streubreiten erhöhen die Eingriffsintensität zusätzlich, wie das BVerfG in anderem Zusammenhang ausgeführt hat (vgl. etwa BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 04. April 2006 - 1 BvR 518/02 -, Rn. 116 ff.).

Oder er erkennt den wissenschaftlichen Konsens darüber, dass die Impfung keine sterile Immunität verleiht, endlich an, muss dann aber nach Anzahl und Zeitpunkt der Impfung(en) sowie der „Gefährlichkeit“ konkreter Tätigkeiten differenzieren und entsprechend die Ungleichbehandlung mit getesteten nicht-geimpften Personen aufheben.

Die Rechtsanwältin Jessica Hamed schrieb darüber vor kurzem:

„Nunmehr fordert Spahn, dass sich auch Geimpfte für Veranstaltungen wieder testen lassen sollen und Markus Söder möchte trotz 2G die Maskenpflicht wieder einführen.“

Es sind Vorstöße, die epidemiologisch im Hinblick auf die Eindämmung der Verbreitung des Virus durchaus Sinn ergeben. Allerdings werden Geimpfte nun letztlich so behandelt wie zuvor Ungeimpfte. Das gebrochene Versprechen soll offensichtlich damit kompensiert werden, dass Ungeimpfte weiterhin ausgeschlossen werden, damit sich Geimpfte immer noch „privilegiert“ fühlen können. Diesem Ansinnen steht die Rechtswidrigkeit auf die Stirn geschrieben, da der Impfstatus ersichtlich keinen Unterschied für die Ansteckbarkeit machen kann und das Risiko der Ansteckungsfähigkeit quasi ausgeschlossen ist, wenn es am Ende auf die Vorlage eines negativen Schnelltests ankommt.

Das Restrisiko, das es ob der Unsicherheiten des Schnelltests im Hinblick auf das Erkennen einer Infektiosität gibt – wobei grundsätzlich derartige Tests eine hohe Viruslast sehr zuverlässig anzeigen –, erscheint im Ergebnis jedoch hinnehmbar, da nicht damit zu rechnen ist, dass unter solchen Bedingungen zu viele Menschen gleichzeitig schwer an Covid-19 erkranken.“

Vgl. <https://www.cicero.de/innenpolitik/diskussion-um-gesetzliche-impflicht-die-politik-steckt-in-der-sackgasse>

d)

Schließlich dürfen nach dem Übermaßverbot solche Maßnahmen nicht ergriffen werden, die zur Erreichung eines bestimmten Zwecks nicht unbedingt erforderlich sind und zu dem angestrebten Ergebnis in keinem vernünftigen Verhältnis stehen.

Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof hat noch im September zu einer „faktischen Impfpflicht“ durch 3G-Regelungen ausgeführt:

„Dass die angegriffenen Vorschriften, wie die Antragstellerin meint, zu einer faktischen Impfpflicht „durch die Hintertür“ führten und daher unverhältnismäßig seien, überzeugt nicht, zumal der Antragsgegner negativ Getestete und immunisierte Personen **in ihren Möglichkeiten zur Teilhabe am Wirtschafts- und Sozialleben gerade gleichstellt und hiervon nicht ausschließt** (vgl. OVG Saarl, B.v. 1.9.2021 - 2 B 197/21 - juris Rn. 11). Die Vorlage eines negativen Testnachweises bei Inanspruchnahme bestimmter Angebote in Innenbereichen ist zwar eine gewisse Unannehmlichkeit, **hindert jedoch gerade nicht daran, alle gewünschten Aktivitäten auch ohne Impfung auszuüben und Einrichtungen zu besuchen.** [...]

Damit liegt auch kein Verstoß gegen Ziffer 7.3.1. der Resolution des Europarates vom 27.01.2021 Nr. 2361 ([https://pace.coe.int/pdf/74f621f624d2bf8b0c7ff4c269f1a8d493c90dcce035b1fc030b116275eab9a2/resolution 2361.pdf](https://pace.coe.int/pdf/74f621f624d2bf8b0c7ff4c269f1a8d493c90dcce035b1fc030b116275eab9a2/resolution%202361.pdf)) vor, in der festgestellt wird, dass dafür zu sorgen ist, dass die Bürgerinnen und Bürger darüber aufgeklärt sind, dass die Impfung **nicht verpflichtend ist und niemand politisch, sozial oder anderweitig unter Druck gesetzt wird, sich impfen zu lassen, wenn er oder sie dies nicht möchte.**“

Vgl. VGH München, Beschluss v. 14.09.2021 – 25 NE 21.2193, Rn. 54 f (eigene Hervorhebungen durch den Unterzeichner).

Die Lage hat sich seitdem entscheidend geändert: 2G-Regelungen zielen gerade darauf ab, Ungeimpfte vom Wirtschafts- und Sozialleben auszuschließen. Diese werden daran gehindert, alle gewünschten Aktivitäten auch ohne Impfung auszuüben und Einrichtungen zu besuchen. Somit liegt inzwischen eine faktische Impfpflicht und ein Verstoß gegen oben genannte Resolution des Europarates vor – Ungeimpfte werden aktuell in unfassbarem Ausmaße politisch und sozial unter Druck gesetzt, sich impfen zu lassen.

Nach der Definition des Bundesverfassungsgerichts umfasst das menschenwürdige Existenzminimum ein „Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben“ (BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 09. Februar 2010 - 1 BvL 1/09). Mit 2G werden Ungeimpfte von jenem Mindestmaß an Teilhabe jedoch ausgeschlossen.

Murswiek ist insoweit zuzustimmen, wenn er schreibt:

„Soweit der Staat die 2G- und 3G-Regeln damit rechtfertigen will, dass sie der Minimierung der schweren Krankheitsverläufe und Todesfälle dienen, geht es nicht um Gefahrenabwehr, sondern um **Optimierung des Gesundheitsschutzes** im Sinne einer Risikovorsorge unterhalb der Gefahrenschwelle. Um Risiken zu bekämpfen, die nicht ganz erheblich größer sind als die **allgemeinen Lebensrisiken**, die seit jeher akzeptiert

sind und den Staat noch nie zu Interventionen durch Freiheitsbeschränkungen für die Allgemeinheit bewogen haben, darf nicht die Freiheit von Menschen eingeschränkt werden, die für diese Risiken nicht verantwortlich sind. Mit 2G und 3G aber schränkt der Staat die Freiheit von „Nichtstörern“ ein, von Menschen, die nicht infektiös und daher nicht verantwortlich für Infektionsgefahren sind. Die Freiheit ist dem Einzelnen nach dem Grundgesetz kraft seiner Menschenwürde garantiert. Er erhält sie nicht erst dann von der Obrigkeit zugeteilt, wenn er beweisen kann, dass er vom Staat definierte Kriterien für seine Ungefährlichkeit erfüllt. Schon das Freiheitsprinzip gibt insoweit das Abwägungsergebnis vor. Der Einzelne ist für die Senkung allgemeiner Lebensrisiken nicht verantwortlich, und der Staat darf ihn nicht durch Freiheitseinschränkungen dafür in Anspruch nehmen. Der Staat mag, wenn er dies für richtig hält, durch Ausbau des Gesundheitssystems und andere – nicht freiheitseinschränkende Maßnahmen – die vorhandenen Gesundheitsrisiken einschließlich derer durch SARS-CoV-2 minimieren. Aber Freiheitseinschränkungen zur Minimierung von Risiken, die unterhalb des Levels allgemein akzeptierter allgemeiner Lebensrisiken bleiben, sind immer unverhältnismäßig, wenn sie sich gegen Personen richten, die diese Risiken nicht verursachen.

[...]

Die unterschiedliche Behandlung der Geimpften und der Ungeimpften wäre im Hinblick auf das Ziel, die Epidemie einzudämmen und auf diese Weise eine Überlastung der Intensivstationen zu vermeiden und die Zahl der schweren Erkrankungen und Todesfälle zu minimieren, gerechtfertigt, wenn die Geimpften durch die Impfung sterile Immunität erlangt hätten und nur die Ungeimpften sich infizieren und das Virus weiterverbreiten könnten. Nach dem heutigen Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse ist diese Voraussetzung eindeutig nicht gegeben. **Die Impfung vermittelt keine sterile Immunität. Auch Geimpfte können sich infizieren, infektiös werden und andere Menschen anstecken.** Es gibt Hinweise darauf, dass die Geimpften in der ersten Zeit nach Wirksamwerden der Impfung sich weniger häufig infizieren als Ungeimpfte, aber im zeitlichen Abstand zur Impfung verringert sich offenbar dieser Unterschied, und nach einer neuen Studie sind die Geimpften vier Monate nach der Impfung praktisch genauso häufig infektiös wie Ungeimpfte. Deshalb lässt sich eine kategoriale Ungleichbehandlung von Geimpften und Ungeimpften bei Regeln über den Zugang zum öffentlichen Leben und auch bezüglich der Quarantänepflichten nicht mit Sachgesichtspunkten des Infektionsschutzes rechtfertigen. Auch deshalb sind die 2G- und 3G-Regeln verfassungswidrig, ebenso die auf Ungeimpfte beschränkten Quarantänepflichten.

[...]

Mittels der Benachteiligung der Ungeimpften beim Zugang zum öffentlichen Leben durch die 2G- und 3G-Regeln sowie durch die nur für Ungeimpfte geltenden Quarantänepflichten wird ein starker Druck auf die Ungeimpften ausgeübt, sich impfen zu lassen. Dieser Druck wird noch verstärkt durch den Wegfall der Verdienstausschüttung für Ungeimpfte, die als Reiserückkehrer oder wegen Kontakts mit Infizierten in Quarantäne müssen. Dieser Druck wirkt als indirekter Impfzwang. Zwar ist niemand rechtlich verpflichtet, sich impfen zu lassen, aber für viele Menschen ist die indirekte Zwangswirkung der Freiheitseinschränkungen, die ihnen auferlegt sind, weil sie ungeimpft sind, und von denen sie sich durch die Impfung befreien können, so stark, dass sie sich gegen ihren eigentlichen Willen impfen lassen. Der mit der Verknüpfung von weitreichenden Freiheitseinschränkungen mit der **Möglichkeit, seine Freiheit durch die Impfung „zurückzuerhalten“**, bewirkte Impfdruck ist verfassungsrechtlich als Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht über die körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG beziehungsweise Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG) sowie als Eingriff in das Recht auf Leben und körperliche



Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) einzustufen. Dieser Eingriff wäre verfassungsmäßig, wenn er sich anhand eines verfassungsrechtlich legitimen Gemeinwohlziels rechtfertigen ließe. Dies ist aber nicht möglich. Als legitimes Gemeinwohlziel kommt es nicht in Betracht, die Ungeimpften, auf die man Druck ausübt, vor einer Infektion zu schützen. Sie können kraft ihres verfassungsrechtlich garantierten Selbstbestimmungsrechts autonom entscheiden, welchen Risiken für ihre Gesundheit und ihr Leben sie sich aussetzen und welche Risiken sie vermeiden wollen. Als legitimes Ziel des indirekten Impfwangs kommt aber die Vermeidung einer Überlastung der Intensivstationen in Betracht. Gegenwärtig ist jedoch zur Erreichung dieses Ziels der Druck auf die Ungeimpften schon deshalb nicht erforderlich, weil es keine Gefahr einer Überlastung der Intensivstationen durch COVID-19-Patienten gibt. Außerdem kann einer solchen Gefahr durch andere – nicht die Freiheit von Nichtstörern einschränkende – Maßnahmen vorgebeugt werden.

[...]

Sofern man die Erforderlichkeit des Impfdrucks bezogen auf das Ziel der Vermeidung der Überlastung der Intensivstationen bejahen könnte, wäre der indirekte Impfwang jedenfalls im engeren Sinne unverhältnismäßig (unangemessen). Denn die Beeinträchtigung der Betroffenen ist außerordentlich groß. Das ergibt sich schon daraus, dass ein nicht konsentierter Eingriff in die körperliche Integrität zur Erreichung öffentlicher Zwecke die Persönlichkeit des Einzelnen zutiefst betrifft und seine Menschenwürde tangiert. Von der nichtgeimpften Person aber geht keine Gefahr aus. Es ist eine Perversion des Rechtsstaatsprinzips, alle Ungeimpften als Gefährder anzusehen und in ihre körperliche Integrität einzudringen, um Zwecke der Allgemeinheit zu verfolgen. Für den Einzelnen ist dieser Eingriff in die körperliche Integrität vor allem im Hinblick auf die mit ihm verbundenen schwerwiegenden Gesundheitsrisiken unzumutbar. Die Risiken der Impfung werden von der Bundesregierung, vom Paul-Ehrlich-Institut und von der Europäischen Arzneimittel-Agentur (EMA) zwar als wesentlich geringer bewertet als die Risiken einer Infektion mit SARS-CoV-2. Dies ist in diesem Zusammenhang aber irrelevant, denn jeder Einzelne entscheidet kraft seiner Autonomie, welchen Risiken er sich aussetzen will und wie er diese Risiken bewertet. Wer für sich persönlich – weil er sein Immunsystem für gesund und stabil hält und keine Vorerkrankungen hat – die Risiken der möglichen Impfnebenwirkungen für sehr viel größer als die möglichen Vorteile der Impfung hält, kann durch den indirekten Impfwang in eine unerträgliche psychische Zwangslage versetzt werden. Hinzu kommt, dass denkbare Langzeitrisiken der neuartigen COVID-19-Vakzine noch gar nicht systematisch ermittelt werden konnten. Über solche Risiken wissen wir nichts. [...]

Eine direkte Impfpflicht verstieße deshalb eindeutig gegen die Menschenwürdegarantie (Art. 1 Abs. 1 GG).

[...]

Der indirekte Impfwang wiegt in der Abwägung zumindest dann, wenn der staatlich ausgeübte Druck den Einzelnen mehr als geringfügig belastet, schwerer als der mögliche Nutzen, den der Impfdruck für die Allgemeinheit hat, zumal es viele Möglichkeiten gibt, das Risiko einer Überlastung der Intensivstationen zu verringern, ohne die Menschen zur Impfung zu zwingen. Auch mit dem Ziel, die Epidemie einzudämmen und somit die Zahl der schweren COVID-19-Erkrankungen und -Todesfälle zu minimieren und zugleich Kontaktpersonen vor einer Infektion mit SARS-CoV-2 zu schützen, kann der indirekte Impfwang nicht gerechtfertigt werden. Schon die Eignung des Impfwangs zur Erreichung dieses Ziels lässt sich bezweifeln. Denn die Hoffnung, eine hohe Impfquote werde zur Herdenimmunität führen und so die Epidemie beenden, hat sich zerschlagen. Da auch Geimpfte sich infizieren und das Virus weiterverbreiten können, wird es keine durch Impfung erzeugte Herdenimmunität geben.

Da nach gegenwärtigem Stand der Erkenntnisse frisch Geimpfte weniger häufig als Ungeimpfte das Virus weiterübertragen, ist es aber vertretbar, eine gewisse Eignung der Impfung zur Eindämmung der Epidemie – nämlich zur Verminderung der Infektionszahlen in den ersten Monaten nach der Impfung – noch zu bejahen.

Unter diesem Aspekt kann auch die Erforderlichkeit einer Steigerung der Impfquote noch bejaht werden. Nicht erforderlich ist der indirekte Impfwang aber grundsätzlich zum Individualschutz.

Denn jeder Einzelne kann sich heute gegen SARS-CoV-2-Infektionen selbst schützen, indem er sich freiwillig impfen lässt. Freiheitseinschränkungen für Nichtinfizierte zum Schutz der Allgemeinheit sind daher nicht mehr nötig. Wer sich durch Impfung schützen will, schützt sich, und wer sich nicht impfen lassen will, nimmt die Risiken in Kauf, die er durch die Impfung vermeiden könnte. Die Erforderlichkeit reduziert sich insofern auf den Schutz des Personenkreises, der sich aus medizinischen Gründen nicht impfen lassen kann. Dieser Personenkreis kann aber, soweit er die Risiken einer SARS-CoV-2-Infektion fürchtet, sich selbst mit anderen Mitteln als einer Impfung vor der Infektion schützen, und der Staat könnte – falls nötig – dafür auch Hilfe zur Verfügung stellen. In der Abwägung haben die Rechte der Ungeimpften auf Selbstbestimmung sowie auf Leben und körperliche Unversehrtheit größeres Gewicht als der Schutz anderer Menschen, deren COVID-19-Risiko nicht größer ist als andere Risiken, denen alle Menschen ausgesetzt sind, ohne dass der Staat mit Freiheitseinschränkungen für andere Menschen, die diese Risiken nicht verursacht haben, interveniert.“

Vgl. Murswiek, Freiheitseinschränkungen für Ungeimpfte. Die Verfassungswidrigkeit des indirekten COVID-19-Impfzwangs. Rechtsgutachten, <https://impfentscheidung.online/wp-content/uploads/2021/10/Gutachten-Die-Verfassungswidrigkeit-des-indirekten-Corona-Impfzwangs.pdf> S. 106 ff (eigene Hervorhebungen).

Vor diesem Grund ist die Ungleichbehandlung von Geimpften und Nicht-Geimpften nicht gerechtfertigt, vor allem wenn letztere PCR-getestet sind.

### **3. Weitergehende Unverhältnismäßigkeit einzelner Vorschriften**

#### **a) Maskenpflicht unter freiem Himmel nach § 2 Abs. 2 und Verbot von Jahresmärkten nach § 10 Abs. 2**

Nach § 2 Abs. 2 Satz 1 besteht unter freiem Himmel Maskenpflicht bei Veranstaltungen nach § 4. Nach § 10 Abs. 2 sind Jahresmärkte, insbesondere Weihnachtsmärkte, untersagt.

Beide Regeln sind zur Verringerung von Neuinfektionen schon nicht geeignet.

Der Aerosolforscher Gerhard Scheuch erklärte gegenüber SWR1: „Wissenschaftlich macht [es] überhaupt keinen Sinn, Masken im Freien zu tragen. Der Kontakt im Freien reicht selten aus, um sich zu infizieren. Man müsste sich 15 Minuten sehr eng gegenüberstehen und sich quasi in der Aerosol-Wolke des Gegenüber befinden. Dann kann man sich unter Umständen infizieren.“

Vgl. <https://www.swr.de/swr1/rp/aerosol-experte-scheuch-100.html>

Das Coronavirus werde im Freien nur "äußert selten" übertragen und führe nie zu Clusterinfektionen, heißt es in einem veröffentlichten Brief führender Aerosolforscher. Tatsächlich sind sich die meisten Experten darin einig, dass es sehr unwahrscheinlich ist, sich

im Freien anzustecken. Laut Scheuch sei die Gefahr draußen "überhaupt nicht gegeben. Wenn man draußen ist und sich an der frischen Luft bewegt, dann ist die Gefahr bei Null."

Vgl. <https://www1.wdr.de/nachrichten/themen/coronavirus/corona-aerosole-risiko-draussen-100.html>

Aus diesem Grund plädieren Aerosolforscher gerade dafür, größere Veranstaltungen ins Freie zu verlegen.

Vgl. [https://www.dfg.de/download/pdf/foerderung/corona\\_infos/positionspapier\\_aerosole.pdf](https://www.dfg.de/download/pdf/foerderung/corona_infos/positionspapier_aerosole.pdf)  
f S. 5

Eine generelle Maskenpflicht im Freien halten Aerosolexperten für „Aktionismus“, diese habe, wenn überhaupt, erzieherischen Charakter.

Vgl. [https://www.focus.de/gesundheits/news/umstrittene-massnahme-macht-absolut-keinen-sinn-aerosol-forscher-kritisieren-absage-von-weihnachtsmaerkten\\_id\\_24455180.html](https://www.focus.de/gesundheits/news/umstrittene-massnahme-macht-absolut-keinen-sinn-aerosol-forscher-kritisieren-absage-von-weihnachtsmaerkten_id_24455180.html)

Das pauschale Verbot von Märkten ist daher eher kontraproduktiv, da es (vor allem geimpfte) Menschen ermutigt, sich stattdessen im Privatbereich zu treffen, der schwerer kontrolliert werden kann und wo aufgrund der höheren Temperatur die Dauer der Begegnungen im Verhältnis länger ist. Jedenfalls ist die Maßnahme nicht erforderlich, da es – wie der Blick nach andere Bundesländer zeigt – genügend Möglichkeiten wie 2G/2G+/3G/3G+-Zutrittsanforderungen oder eine Maskenpflicht an bestimmten Ansammlungspunkten gegeben hätte, um das ohnehin schon niedrige Infektionsrisiko weiter zu reduzieren.

Der zweifelhafte epidemiologische Nutzen der Maßnahme steht jedenfalls in keinem Verhältnis zum tiefen Eingriff in die Berufsfreiheit der Schausteller und Marktbesitzer, die sich das ganze Jahr auf die Weihnachtsmarktsaison vorbereitet haben und schwerste finanzielle Einbußen durch die – sehr kurzfristige – Absage befürchten.

Vgl. <https://www.br.de/nachrichten/bayern/absage-der-weihnachtsmaerkte-schwere-katastrophe,SpE6q1r>

Sofern die Regierung auf geplante Entschädigungszahlungen verweist, ist dem entgegenzuhalten, dass deren genaue Ausgestaltung (insbesondere Höhe der Auszahlungen, Antragsverfahren-/Berechtigung) zum aktuellen Zeitpunkt nach Wissen des Antragstellers noch nicht feststeht und die Regierung verkennt, dass die Berufsfreiheit nicht bloß Mittel zur Vermögensvermehrung ist, sondern auch einen immateriellen Schutzbereich hat.

## **b) Kontaktbeschränkungen für Ungeimpfte und Nichtgenesene nach § 3**

aa)

Obwohl sich die Kontaktbeschränkung dem Normtitel nach nur an nicht genesene oder geimpfte Personen richten soll, sind auch Geimpfte mittelbar betroffen. Denn diesen wird untersagt, sich mit anderen Menschen zu treffen, sobald eine bestimmte Anzahl nicht-geimpfter Personen überschritten wird. Nach § 28c IfSG i. V. m. § 4 Abs. 1 SchAusnahmV sollen Geimpfte als „Nicht-Störer“ jedoch von Kontaktbeschränkungen ausgenommen werden.

Ein Blick nach Österreich zeigt aber, dass man Personen ihren Impfstatus nicht ansieht. Die fehlende effektive Kontrollierbarkeit dieser Ungleichbehandlung führt dazu, dass sie in der Praxis zur Kontaktreduzierung schon nicht geeignet ist.

bb)

Der sachliche Schutzbereich des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts zielt auf die Abwehr von Beeinträchtigungen der engeren persönlichen Lebenssphäre, der Selbstbestimmung und der Grundbedingungen der Persönlichkeitsentfaltung. Es sichert jedem Einzelnen einen autonomen Bereich privater Lebensgestaltung, in dem er seine Individualität entwickeln und wahren kann.

Vgl. Maunz/Dürig/Di Fabio, 88. EL August 2019, GG Art. 2 Abs. 1 Rn. 147; BVerfGE 35, 220; BVerfGE 79, 268.

Der Mensch ist ein soziales Wesen, das von der selbstbestimmten Interaktion mit seinen Mitmenschen lebt. Wichtiger Bestandteil seines Soziallebens ist auch das Treffen mit mehreren Mitmenschen sowie die daraus resultierende Gruppendynamik. Diese kann bei einem Einzeltreffen mit einem Angehörigen eines anderen Hausstands nicht entstehen. Durch die Kontaktbeschränkung werden auch Handlungen, die den autonomen Bereich privater Lebensgestaltung, in dem der Einzelne seine Individualität entwickeln und wahren kann, betreffen, verboten wie das gemeinschaftliche Singen und Musizieren, Wegfahren, Kochen oder Lernen. Freundesgruppen könnten dadurch langfristig auseinanderbrechen. Besuchsbeschränkungen können die persönliche Selbstbestimmung beeinträchtigen.

Vgl. Ausarbeitung Kontaktbeschränkungen zwecks Infektionsschutz: Grundrechte, <https://www.bundestag.de/resource/blob/690718/d37f86a0d2630831d13f70f16f63911b/WD-3-079-20-pdf-data.pdf>, S. 10.

Folgendem Sondervotum (BerVerfGH 50 A/20) der Berliner Verfassungsrichter Seegmüller und Schönrock ist zuzustimmen:

„Zum Kernbereich aller Freiheitsgrundrechte gehört das grundgesetzlich vorgegebene Verhältnis von Freiheit und staatlicher Einschränkung. Der Einzelne muss die Ausübung oder Nichtausübung seiner Freiheitsrechte nicht begründen. Die Motive seines Handelns sind staatlicher Bewertung entzogen. [...] Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt die engere persönliche Lebenssphäre. Dazu zählt die Privat- und Intimsphäre, in die er sich frei von jeder staatlichen Kontrolle und sonstiger Beeinträchtigung zurückziehen und mit den Mitgliedern seines engsten Familienkreises oder anderen Vertrauenspersonen ungestört kommunizieren kann (BVerfG, Urteil vom 8. Juli 1997 - 1 BvR 2111/94 - BVerfGE 96, 171 ). In diesem Bereich muss der Einzelne unbeobachtet sich selbst überlassen sein und muss mit besonderen Vertrauenspersonen ohne Rücksicht auf gesellschaftliche Verhaltenserwartungen und ohne Furcht vor staatlichen Repressalien frei verkehren können (BVerfG, Urteil vom 8. Juli 1997 - 1 BvR 2111/94 - BVerfGE 96, 171 ). Eingriffe in diesen Kernbereich der privaten Lebensgestaltung – die Intimsphäre – sind stets unzulässig (BVerfG, Urteil vom 8. Juli 1996 - 1 BvR 2111/94). Das gilt auch, soweit die Betätigung des Einzelnen in dem absoluten Kernbereich privater Lebensgestaltung zu Infektionsrisiken führt. Diese sind von Verfassungs wegen hinzunehmen.“

cc)

Nach § 3 Abs. 1 Satz 3 gelten Ehegatten, Lebenspartner und Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft als ein Hausstand, auch wenn sie keinen gemeinsamen Wohnsitz haben. Diese Privilegierung ist in mehrerlei Hinsicht problematisch:

(1)

Es gibt keine einheitliche juristische Definition für die Begriffe „Lebenspartner“ und „nichteheliche Lebensgemeinschaft“.

Die Verantwortungs- und Einstandsgemeinschaft hat das SG Detmold zwar als ein Zusammenleben in Form einer Haushalts- und Wirtschaftsgemeinschaft als Abgrenzung zu einer bloßen Wohngemeinschaft beschrieben (vgl. SG Detmold v. 13.04.2012 - S 11 AS 97/10). Die Frage ist aber, ob das auch die Bayerische Staatsregierung so sieht.

Bei „Lebenspartnern“ könnte man schließlich auch an eine „eingetragene Lebenspartnerschaft“, also eine qualifizierte „nichteheliche Lebensgemeinschaft“, denken. Laut dem FAQ auf der Internetseite des Innenministeriums (Stand: 10. April 2020) zur 1. BayIfSMV war der darin enthaltene Begriff „Lebenspartner“ allerdings als „Beziehungspartner“ (ausdrücklich auch für minderjährige Beziehungen) zu verstehen. Demnach wäre das „Leben“ in „Lebenspartner“ nicht wörtlich zu nehmen und jede (Liebes-) Beziehung als „Lebenspartnerschaft“ zu werten. Weshalb wird die „nichteheliche Lebensgemeinschaft“ dann aber zusätzlich aufgeführt?

Somit bleibt für die Adressaten nach wie vor unklar, was der Normgeber unter „Lebenspartnern“ bzw. einer „nichtehelichen Lebensgemeinschaft“ versteht. Es liegt ein **Verstoß gegen das Bestimmtheitsverbot** (Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG i. V. m. Art. 3 Abs. 1 BV) vor. Dabei müssen gesetzliche Normen, die in Grundrechte eingreifen, so bestimmt sein, dass der Bürger zwischen Erlaubtem und Verbotenem klar unterscheiden kann (vgl. <https://www.cronline.de/blog/2020/04/05/corona-verordnungen-duerfen-mich-freunde-und-verwandte-anden-ostertagen-zu-hause-besuchen/>). Dies gilt insbesondere für bußgeldbewehrte Vorschriften.

(2)

Das aus Art. 100, 101 BV ableitbare Recht auf informationelle Selbstbestimmung schützt die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden. Davon erfasst werden personenbezogene Daten wie Informationen zu den persönlichen oder sachlichen Verhältnissen einer bestimmten Person. (vgl. VerFGH München, Entscheidung v. 24.05.2019 – Vf. 23-VI-17 auf [gesetz-bayern.de](http://gesetz-bayern.de) Rn. 45)

Bei der Kontrolle der Kontaktbeschränkungen nach § 3 werden Polizeibeamte Auskunft über den Beziehungsstatus der Kontrollierten einfordern. Der Staat greift so in privateste Bereiche ein, denn über diese Auskünfte können Schlussfolgerungen über die sexuelle Orientierung der Kontrollierten werden, genauso wie über den Zustand der Ehen, etwa dann, wenn man sich mit seiner Geliebten trifft (vgl. <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/corona-krise-und-buergerrechte-rendezvous-mit-dem-polizeistaat-a-68611322-f4d4-453f-aba5-5ec5a49ae329>).

Die Regierung ist sich scheinbar auch nicht bewusst, wie sensibel Daten zum Beziehungsstatus sind. Es geht hier um mit dem Finden und Erkennen der eigenen sexuellen Orientierung sowie mit der Sexualität und dem Sexualleben allgemein zusammenhängende Fragen der Lebensgestaltung, die der Einzelne vor dem Zugriff unbeteiligter Dritter (auch Familienangehöriger) abschirmen möchte. Als Bestandteil der Intimsphäre genießen sie laut Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die höchste Schutzintensität, sind unantastbar und der Einwirkung der öffentlichen Gewalt entzogen. Selbst überwiegende Interessen der Allgemeinheit können einen Eingriff in diesen absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung nicht rechtfertigen. (vgl. BeckOK GG/Lang, 42. Ed. 1.12.2019, GG Art. 2 Rn. 39 f.)

Die Bürger werden gezwungen, sensible Daten preiszugeben, die sie andernfalls verschwiegen hätten. Denn wer auf die Wahrung seiner Privatsphäre besteht, muss ein Bußgeld oder möglicherweise sogar eine Ingewahrsamnahme befürchten. Zudem können sie nicht mehr kontrollieren, welche staatlichen Stellen diese Daten zur Ahndung eines möglichen Verstoßes gegen die 15. BayIfSMV speichern oder verarbeiten. Wenn dem nicht Einhalt geboten wird, könnte eine Zeugenvernehmung so aussehen, dass ein Polizist Bekannte des Beschuldigten nach dessen Beziehungsstatus ausfragt, um feststellen zu können, ob ein Verstoß vorliegt. Die angegriffenen Vorschriften ermöglichen es Polizeibeamten auch, von einem Jugendlichen, der sich über seine sexuelle Orientierung noch nicht im Klaren ist, eine eindeutige Auskunft über seinen Beziehungsstatus zu verlangen – womöglich sogar noch in der Öffentlichkeit.

Die Folgen für unsere freiheitlich-demokratische Grundordnung wären gravierend:

„Dies würde nicht nur die individuellen Entfaltungschancen des Einzelnen beeinträchtigen, sondern auch das Gemeinwohl, weil Selbstbestimmung eine elementare Funktionsbedingung eines auf Handlungsfähigkeit und Mitwirkungsfähigkeit seiner Bürger begründeten freiheitlichen demokratischen Gemeinwesens ist.“ (vgl. BVerfGE 65, 43)

Das Eklatante an dieser Verletzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung ist, dass sie als nicht näher erwogene Nebenfolge billigend in Kauf genommen wird, weil die Regierung damit nicht einmal unmittelbar das Ziel der Verordnung, nämlich den Gesundheitsschutz der Bevölkerung, verfolgt, sondern bloß die Durchsetzung einer in der Verordnung festgeschriebenen verfassungswidrigen Ungleichbehandlung.

(3)

Dass sich Menschen in einer Beziehung mit mehr Personen treffen dürfen als Alleinstehende, verstößt gegen den **Gleichheitssatz** nach Art. 118 Abs. 1 BV. Dieser untersagt es dem Gesetzgeber, gleich liegende Sachverhalte, die aus der Natur der Sache und unter dem Gesichtspunkt der Gerechtigkeit eine gleichartige Regelung erfordern, ungleich zu behandeln; dagegen ist wesentlich Ungleiches nach seiner Eigenart verschieden zu regeln. Der Gleichheitssatz verbietet Willkür (vgl. VerfGH München, Entscheidung v. 28.09.2016 – Vf. 20-VII/15 auf [gesetz-bayern.de](http://gesetz-bayern.de) Rn. 54).

Rechtlich betrachtet ist nicht ersichtlich, wieso „Lebenspartnern“ ein höherer Schutz zukommen sollte als engen Freunden von Alleinstehenden. Sowohl ein Beziehungspartner als auch ein guter Freund lassen sich unter den Begriff einer „engen Vertrauens- und Bezugsperson“ fassen. Die Gestaltung dieser zwischenmenschlichen Beziehungen unterscheidet sich nur in der „Art“ der Liebe zueinander. Traditionellerweise fehlt das Element des sexuellen Verlangens bei einer Freundschaft, es gibt jedoch auch die sogenannte „Freundschaft Plus“, bei der beide Aspekte miteinander kombiniert werden. Welche Art von Liebe vorliegt, entzieht sich als Element des höchstpersönlichen Lebensbereichs jedoch staatlicher Nachprüfung. Daher muss dieser Unterschied zwischen beiden „Beziehungs-Formen“ bei der Prüfung einer staatlichen Ungleichbehandlung vernachlässigt werden.

Dass die Beziehung bessergestellt werden sollte, weil sie auf die Bildung einer Ehe abzielt, ist nicht mehr zeitgemäß. Man kann in Deutschland spontan heiraten, ohne sich lange gekannt haben zu müssen, und zugleich jederzeit eine Beziehung noch vor der Ehe beenden. Gerade Beziehungen Minderjähriger sind selten für die Ewigkeit angelegt. Innerhalb einer Vergleichsgruppe „Besucher“ bzw. „Besuchsempfänger“ liegt folglich eine entsprechende Ungleichbehandlung vor (vgl. WD 3 - 3000 - 079/20 S. 32).

Nach der Willkürformel ist der Gleichheitssatz dann verletzt, wenn sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonst wie sachlich einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung nicht finden lässt. (vgl. Sachs/Nußberger, 8. Aufl. 2018, GG Art. 3 Rn. 8)

Das Corona-Virus unterscheidet nicht zwischen einer Beziehung und einer Freundschaft. Aus epidemiologischer Sicht macht es somit keinen Sinn, das eine bei der allgemeinen Kontaktbeschränkung zu privilegieren und das andere nicht. Somit ist die Ungleichbehandlung willkürlich, weil kein ernsthaft zu erwägender Grund einleuchtet. Das Risiko für Neuinfektionen insgesamt könnte man noch weiter senken, wenn man die Privilegierung für Beziehungspartner abschaffen würde.

Nach der „Neuen Formel“ ist das Gleichheitsgrundrecht vor allem dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten. (vgl. Sachs/Nußberger, 8. Aufl. 2018, GG Art. 3 Rn. 13)

Fraglich ist, ob das Differenzierungsziel gewichtig genug ist, um die Ungleichbehandlung mitsamt ihren negativen Folgen zu rechtfertigen.

Laut Bundesverfassungsgericht sind die Anforderungen bei einer Ungleichbehandlung von Personengruppen umso strenger, je größer die Gefahr ist, dass eine Anknüpfung an Persönlichkeitsmerkmalen, die mit denen des Art. 3 Abs. 3 GG vergleichbar sind, zur Diskriminierung einer Minderheit führt (vgl. NJW 2010, 1440). Den in Art. 3 Abs. 3 GG aufgeführten Merkmalen ist gemein, dass sie vom Träger nicht (z. B. Rasse) oder nur schwer (z. B. Sprache) geändert werden können. Sie haben einen Bezug zur höchstpersönlichen Lebensgestaltung und der Persönlichkeit des Trägers an sich. Diese Kriterien treffen auch auf den Beziehungsstatus eines Menschen zu. Das eigene Liebes- und Sexualleben bestimmen die Art und Weise, wie jemand sein Leben führt, entscheidend mit. Somit muss hier ein enger Maßstab bei der Prüfung, ob ein hinreichend gewichtiger Differenzierungsgrund vorliegt, angewendet werden.

Die Regierung wird sich vermutlich darauf berufen, dass die Eingriffe in die informationelle Selbstbestimmung notwendig seien, um sicherzustellen, dass die Privilegierung für Beziehungspartner nicht missbraucht werde. Sie bedient sich somit einer immer größer werdenden Kausalkette, um diese Grundrechtseingriffe zu rechtfertigen. Wenn sie jetzt schon argumentiert, sie müsse das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung einschränken, um wiederum die Einschränkung des Grundrechts auf allgemeine Handlungsfreiheit durchzusetzen, soll sie dann auch noch ein weiteres Grundrecht wie das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung einschränken dürfen, um die Einschränkung des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung besser durchsetzen zu können (z. B. durch Wohnungsdurchsuchungen nach Partnerfotos oder benutzten Kondomen, um eine Beziehung verifizieren zu können)?

Die aktuelle Vorschrift ist grundlos diskriminierend gegenüber Menschen, die momentan keine (traditionelle) Beziehung haben, führen können oder wollen, z. B. Kinder, aromantische oder verwitwete Personen. Für manche Gruppenaktivitäten ist die Anzahl der Teilnehmer entscheidend, wie für Spieleabende. Hierbei haben Alleinstehende eine Person weniger zur Auswahl. Auch wenn die Anzahl der Mitglieder einer Freundesgruppe um genau eine Person die laut 15. BayIfSMV zulässige Teilnehmerzahl einer Zusammenkunft überschreitet, sind Alleinstehende benachteiligt.

Angesichts dessen, dass man durch die Durchsetzung einer unsachlichen Diskriminierung nur mittelbar und in ungewisser Intensität auf den Gesundheitsschutz der Bevölkerung einwirkt, wiegen hier die Eingriffe in die informationelle Selbstbestimmung schwerer als das Differenzierungsziel.

dd)

Auch der Begriff „Hausstand“ hat keine einheitliche juristische Definition. Sofern die unter bb) erläuterte Privilegierung von Beziehungen auf den **Schutz der Familie** nach Art. 124 BV abzielen soll, fehlt es an entsprechenden Ausnahmen für Geschwister, Kinder oder Eltern, die nicht (mehr) im selben Haushalt leben. Insbesondere Studierende pendeln oft noch zwischen einem Studentenzimmer oder der Elternwohnung.

ee)

Die Kontaktbeschränkung enthält keine Ausnahme für Personen mit medizinischer Kontraindikation gegen eine Impfung. Eine solche wäre jedoch geboten, da andernfalls eine ungerechtfertigte Diskriminierung Behinderter vorläge, s.u.

#### c) 2G/2G-Plus nach §§ 4, 5

aa)

Dass das auf einer Ungleichbehandlung von geimpften/genesenen mit anderen Personen beruhende 2G-Modell nicht gerechtfertigt ist, wurde oben bereits dargestellt.

Mangels Begründung muss dem Ordnungsgeber zudem unterstellt werden, dass er die von §§ 4 und 5 betroffenen Einrichtungen epidemiologisch willkürlich ausgewählt und die erforderliche Abwägung aller betroffenen Rechtsgüter für jeden einzelnen Bereich nicht vorgenommen hat.

bb)

§ 4 verstößt teilweise gegen das Bestimmtheitsgebot, da sich Verständnisprobleme ergeben. In Abs. 1 heißt es, 2G-Plus gelte auch bei „privaten Veranstaltungen außerhalb privater Räumlichkeiten“. Was ist damit gemeint? Sofern darunter auch private Freundestreffen im öffentlichen Raum fallen, stellt dies einen direkten Widerspruch bzw. eine Qualifikation zu den Kontaktbeschränkungen des § 3 dar. Außerdem legt § 4 Abs. 2 Nr. 3 lit. b fest, dass die Maskenpflicht bei Veranstaltungen trotz Einhaltung des Mindestabstandes auch am *festen Sitz-/Arbeitsplatz* gilt. Das stellt beispielsweise für Orchesterproben (sofern diese, wie der Antragsteller annimmt, nicht unter die „Musikschulen“ des § 5 fallen) mit Blasinstrumenten, die für gewöhnlich mit dem Mund gespielt werden, eine gewisse Schwierigkeit dar. Kohärent ist auch nicht, dass nach lit. c Maskenpflicht und Mindestabstand aber wegfallen, wenn man an einem *Tisch* sitzt. Diese Ungleichbehandlung ist epidemiologisch nicht nachzuvollziehen und nicht erforderlich: Wenn ohnehin 2G-Plus gilt, sollte man z. B. bei Orchesterproben bei Wahrung eines Mindestabstandes in fester Stuhlkreisformation die Maske ohne Probleme weglassen können.

cc)



Die Privilegierung von minderjährigen Schülern in § 4 Abs. 3 Nr. 2 bzw. § 5 Abs. 3 Nr. 2 stellt eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung mit minderjährigen Nicht-Schülern (beispielsweise Auszubildenden) und Studierenden dar.

Die Regierung hat für diese Ungleichbehandlung bisher vier Gründe vorgetragen: 1. Schüler wären von den Testkosten in besonderer Weise betroffen, 2. Schüler würden an der Schule regelmäßig getestet werden, 3. die Impfpflicht der STIKO bestehe erst seit Kurzem und 4. der Ausschluss vom Öffentlichen Leben würde ihre Persönlichkeitsentwicklung unangemessen beeinträchtigen:

„Auf diese Weise soll auch denjenigen minderjährigen Schülerinnen und Schülern, die trotz der bestehenden Impfpflicht noch nicht geimpft und auch nicht genesen sind, der Besuch von gastronomischen Einrichtungen und die Inanspruchnahme von Beherbergungsleistungen ermöglicht werden. Ohne diese Ausnahme könnten geimpfte Eltern nicht zusammen mit ihren nicht geimpften Kindern gastronomische Betriebe besuchen oder Beherbergungsleistungen in Anspruch nehmen. Beachtlich ist darüber hinaus, dass für Schülerinnen und Schüler ab zwölf Jahren die Impfpflicht der Ständigen Impfkommission (STIKO) erst seit 16. August 2021 besteht.“

(BayMBl. 2021 Nr. 800)

„Auf diese Weise soll auch denjenigen minderjährigen Schülerinnen und Schülern, die trotz der bestehenden Impfpflicht noch ungeimpft und auch nicht genesen sind, die aktive Ausübung von Sport und von schauspielerischen sowie musikalischen Tätigkeiten ohne das Erfordernis von Nukleinsäuretestungen ermöglicht werden. Beachtlich erscheint, dass Schülerinnen und Schüler in der Regel kein eigenes Einkommen haben und von den Testkosten in besonderer Weise betroffen werden. Beachtlich ist darüber hinaus, dass für Schülerinnen und Schüler ab zwölf Jahren die Impfpflicht erst seit 16. August 2021 besteht. Die aktive Ausübung von Sport sowie von schauspielerischen und musikalischen Tätigkeiten ist für die Persönlichkeitsentwicklung von besonderer Bedeutung und die mit dem Verzicht auf das 2G-Erfordernis verbundenen infektiologischen Risiken sind – auch mit Blick auf die regelmäßigen Testungen in der Schule – in diesem Bereich in Abwägung der genannten Gesichtspunkte vertretbar.“

(BayMBl. 2021 Nr. 777)

Diese vier Gründe treffen jedoch alle auch auf die anderen beiden Personengruppen zu:

- 1.) Berufseinsteiger und die meisten Studierende haben ebenfalls ein geringes Einkommen und sind von ihren Eltern bzw. staatlicher Unterstützung finanziell abhängig, vor allem nachdem ihre Nebenjobs durch die ständigen Lockdowns der Bayerischen Staatsregierung weggefallen sind. Wieso sollen nicht auch ungeimpfte Studierende mit ihren Eltern Essen oder ins Hotel gehen dürfen?
- 2.) Um die Arbeit oder Hochschule zu besuchen, müssen sie sich als Ungeimpfte auch regelmäßig testen lassen. Als milderer Mittel zu 2G wäre auch die Pflicht zur Vorlage von drei aufeinanderfolgenden täglichen negativen Testergebnissen denkbar gewesen.
- 3.) Eine Impfung zum Selbstschutz ist für junge Menschen aufgrund des sehr geringen Risikos eines schweren Covid-19-Verlaufs nicht angezeigt und ihre Nicht-Impfung belastet daher auch nicht das Gesundheitssystem (vgl. <https://www.berliner-zeitung.de/news/stiko-professor-muessen-jugendliche-vor-der-politik-schuetzen-nicht-vor-covid-li.193970>).
- 4.) Und schließlich befinden sich alle drei Personengruppen in derselben Lebensphase, in der soziale Kontakte und Freizeitaktivitäten für die psychische Gesundheit und

Persönlichkeitsentwicklung essentiell sind. Gerade weil die Hochschulen und das öffentliche Leben die letzten drei Semester überwiegend heruntergefahren waren, kann man nicht ernsthaft behaupten, dass die meisten Bachelor-Studierenden im Vergleich zu den jetzigen Abiturienten wesentlich reifer wären. Dass man ihnen durch den Ausschluss von Kunst-/Musik-/Sportangeboten auch noch einen wichtigen Ausgleich zu dem unfassbaren Stress, dem sie durch die Pandemiepolitik der Bayerischen Regierung ausgesetzt werden, nimmt, ist ein schwerer unangemessener Eingriff in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht.

dd)

Dass der Ordnungsgeber mit der 15. BayIfSMV den Zutritt zu Hochschulen, Bibliotheken und Archiven, Musikschulen und sonstigen Kulturstätten nur noch Geimpften oder Genesenen gestattet, ist – insbesondere bei jungen Menschen – mit dem Bildungs-/Kulturstaatsprinzip (Art. 3, 128, 133, 138-140 BV) nicht vereinbar.

Der Bayerische Verfassungsgerichtshof hat noch im März (Vf. 23-VII-21) argumentiert, dass es bei Art. 4 GG und Art. 8 GG jeweils um eine gemeinschaftliche Grundrechtsausübung der Gottesdienstbesucher\*innen bzw. Demonstrationsteilnehmer\*innen gehe, wohingegen die Besucher\*innen von Kulturveranstaltungen nicht selbst Träger\*innen des Grundrechts der Kunstfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG und die Künstler\*innen (nur) in Teilbereichen ihrer Kunstfreiheit betroffen seien. Der BayVGH stimmte zu, dass der Aspekt der (vorübergehenden) „Verzichtbarkeit“ kultureller Live-Angebote insoweit nicht etwa unsachlich sei.

Zusammenfassend halten beide Gerichte durch das Kulturveranstaltungsverbot den Schutzbereich von Art. 5 Abs. 3 GG höchstens für die *Kulturausübenden*, nicht aber für die *Kulturgenießenden*, eröffnet und auch nur dann, wenn in der flächendeckenden Sperrung der künstlerischen Wirkungsstätten eine faktische Beeinträchtigung mit eingriffsgleicher Wirkung gesehen werden kann.

Damit verkennen sie jedoch die Bedeutung der Kultur für unser Gemeinwohl:

Weitergedacht bedeutet das eine verfassungsrechtliche Privilegierung von *Berufskulturschaffenden* gegenüber *Laien*kulturschaffenden sowie von *Schaffenden* gegenüber *Rezipierenden*, obwohl alle gleichermaßen zum kulturellen Leben beitragen. Dass Kulturliebhabende, die selbst nicht auf der Bühne, sondern im Publikum sitzen, sich dabei nur noch auf das Auffanggrundrecht der Allgemeinen Handlungsfreiheit berufen können sollen, und Kulturveranstaltungen auch aus Sicht der Schaffenden zu einer bloßen beruflichen Tätigkeit herabgewürdigt werden, wird der gesellschaftlichen Bedeutung der Kultur im selbsternannten „Land der Dichter und Denker“ nicht gerecht.

Dabei lässt sich unserer Verfassungsordnung bereits ein kulturstaatlicher Förderauftrag bzw. zumindest ein Selbstverständnis als Kulturstaat entnehmen. Schließlich vermittelt die Kultur Werte und erzeugt ein Wertebewusstsein, formt so das individuelle und gesellschaftliche Verhalten und beeinflusst dadurch auch die Rechtsordnung. Während sich die geschriebene „Kulturverfassung“ des Grundgesetzes bisher im Wesentlichen auf die Bereiche Bildung, Wissenschaft und Kunst beschränkt (aber immerhin den Art. 5 Abs. 3 GG *vorbehaltlos* gewährleistet), enthalten viele Landesverfassungen weitergehende Vorschriften zum Schutz bzw. der Pflege von Kunst und Kultur (z. B. Art. 11 LV Sachsen oder Art. 3 BV).

Ein subjektives Abwehr-/Teilhaberecht gegenüber dem Staat, wie beispielsweise in Art. 27 Abs. 1 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte formuliert, ergibt sich indes daraus noch nicht. Ließe sich ein solches „Grundrecht auf freie Kulturausübung und -genuss“ jedoch aus den bereits anerkannten Grundrechten ableiten?

*Art. 4 Abs. 1 und 2 GG* schützen das Interesse der Grundrechtsträger\*innen daran, religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen zu haben und zu betätigen. Als Weltanschauung können gedankliche Systeme, die das Weltgeschehen in großen innerweltlichen nicht-transzendentalen Zusammenhängen werten, verstanden werden. Laut einer Europabarometer-Umfrage von 2018 bezeichnet sich jeder vierte Deutsche als „nicht gläubig, Agnostiker oder Atheist“. Für viele dieser Menschen tritt die Kultur an Stelle der Religion. Die Kultur ist von bloßen Meinungen oder politischen Überzeugungen dadurch abzugrenzen, dass sie alle Bereiche des menschlichen Lebens durchdringt und dem Individuum das Gefühl der Zugehörigkeit zu einem abstrakten Kollektiv verleiht, das sich nicht klar abgrenzen oder beschreiben, sondern nur erleben lässt. Sie ähnelt einer Religion oder einer Weltanschauung in ihrem umfassenden Geltungsanspruch und ihrer Tiefgründigkeit.

*Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG* schützt den Werk- und Wirkungsbereich der Kunst. Bei der Kultur kann ebenfalls zwischen einem Werk- und Wirkungsbereich (der aktiven Kulturschaffenden) unterschieden werden. Darüber hinaus kommt dem Genussbereich (der Kulturliebhabenden) eine besondere Bedeutung zu. Alle drei sind aufgrund des ganzheitlichen Gemeinschaftsanspruchs der Kultur untrennbar miteinander verwoben: Anders als Kunst kann der Mensch Kultur deswegen schon nicht ohne Kommunikation nach und mit außen erschaffen. Kultur kann auch nicht alleine, sondern nur mit Mitmenschen genossen werden. Sicherlich mögen Teile der Kultur von der Kunstfreiheit erfasst sein, doch man würde der Kultur nicht gerecht werden, wenn man sie auf die Kunst beschränken würde. Dieses Problem war auch dem Parlamentarischen Rat bekannt. Ein Entwurf des Art. 5 GG lautete:

*„Das kulturelle Leben ist der Gewalt des Staates nicht unterworfen. Der Staat gewährt ihm Schutz und nimmt an seiner Pflege teil. Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei.“*

Nur der letzte Satz wurde schließlich beibehalten und die Kunstfreiheit somit in ein (zu) enges Verhältnis zur Meinungsfreiheit gestellt und auf die klassischen „kommunikativen“ Künste begrenzt. Eine Orchesterprobe wäre wohl unproblematisch Kunst. Dagegen wenn Freund\*innen in Privaträumen musizieren, dabei der Gemeinschaftssinn im Vordergrund steht und keine spätere Aufführungsentention vorhanden ist, wird das eher nicht als Kunst, sondern als Kultur zu bezeichnen sein. Ebenso verhält es sich mit Kartenspielen, „Lifestyle-Kollektivsport“ wie Skateboarden, Gasthaus-/Kinobesuchen, Festivals oder der Ausübung traditioneller Bräuche.

Aufgabe des *Allgemeinen Persönlichkeitsrechts* ist es, Elemente der Persönlichkeit, die nicht Gegenstand der besonderen Freiheitsgarantien des Grundgesetzes sind, diesen aber in ihrer konstituierenden Bedeutung für die Persönlichkeit nicht nachstehen, grundrechtlich zu umfassen. Für Kultur ist kein Kunstwerk als Ergebnis, sondern die bloße Betätigung entscheidend. Die charakterbildende Wirkung auf den Kulturschaffenden und –genießenden steht gleichrangig mit, wenn nicht sogar vorrangig über dem Kommunikationsaspekt. Kultur kann als Grundbedingung für die Persönlichkeitsentfaltung verstanden werden.

Zusammengefasst lassen sich bereits Bezüge zur Kultur in diesen anerkannten Grundrechten erkennen. Deren sachlicher Schutzbereich ist jedoch durch Entstehungsgeschichte, Wortlaut

und Fokus auf andere Rechtsgüter begrenzt, sodass die Kulturfreiheit bisher von keinem Grundrecht in ihrer Vollständigkeit erfasst wird. Daher benötigt es ein eigenes „Grundrecht auf Kulturausübung und –genuss“, das inhaltlich Art. 27 Abs. 1 AEMR entspricht und entweder von der Rechtsprechung entwickelt oder vom Verfassungsgeber ergänzt wird.

Vgl. <https://www.juwiss.de/53-2021/>

Zudem gilt auch hier wieder: Wenn im gesamten Gebäude FFP-2-Maskenpflicht (evtl. gekoppelt mit einer Testpflicht) herrscht, was in Bibliotheken oder Universitäten ohne weiteres durchsetzbar wäre, sind Neuinfektionen so gut wie ausgeschlossen. Eine Schließung dieser Einrichtungen ist daher nicht erforderlich.

ee)

Nach § 4 Abs. 3 Nr. 1 i. V. m. § 5 Abs. 2 Satz 1 „können“ Personen mit einer medizinischen Kontraindikation bei 2G/2G-Plus zugelassen werden. Diese Kann-Regelung macht den Zugang von der Willkür der Betreiber abhängig, die sich in der Praxis aufgrund des für Nicht-Juristen ohnehin schon unverständlichen Vorschriften-Wirrwarrs und der Angst vor hohen Bußgeldern aus Unsicherheit dagegen entscheiden könnten.

Die Pressestelle des Bayerischen Staatsministeriums für Gesundheit und Pflege erklärte gegenüber dem Unterzeichner, dass klar kommuniziert werde, dass der Zugang für Besucher, die sich aus medizinischen Gründen nicht impfen lassen können und dies vor Ort insbesondere durch Vorlage eines ärztlichen Attests nachweisen, unter Vorlage eines negativen PCR-Testergebnisses zulässig sei. Zudem setze die Regierung auf die Eigenverantwortung der Betreiber, dass diese sich über die aktuellen Zugangsbedingungen informieren.

Wenn die Regierung ihrem Versprechen, dass 2G nicht zulasten derer gehen dürfe, die sich nicht impfen lassen können (<https://www.stmgp.bayern.de/presse/bayern-weitet-corona-teststrategie-aus-gesundheitsminister-holetschek-jetzt-wieder/>), gerecht werden will, reicht diese Gutgläubigkeit jedoch nicht aus (Untermaßverbot). Aus der Norm muss klar hervorgehen, dass Anbieter diesen Personenkreis im Rahmen von 2G/2G-Plus zulassen *müssen*.

Andernfalls läge eine Diskriminierung Behinderter (Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG) vor. Das Bundesverfassungsgericht hat zur Definition der „Behinderung“ ausgeführt: „Doch bezeichnet Behinderung nicht nur ein bloßes Anderssein, das sich für den Betroffenen häufig erst im Zusammenwirken mit entsprechenden Einstellungen und Vorurteilen im gesellschaftlichen Umfeld nachteilig auswirkt, bei einer Veränderung dieser Einstellungen die Nachteilswirkung aber auch wieder verlieren kann. Behinderung ist vielmehr eine Eigenschaft, die die Lebensführung für den Betroffenen im Verhältnis zum Nichtbehinderten unabhängig von einem solchen Auffassungswandel grundsätzlich schwieriger macht.“

Vgl. Dürig/Herzog/Scholz/Langenfeld, 95. EL Juli 2021, GG Art. 3 Abs. 3 Rn. 109

Personen, die sich – anders als beispielsweise Schwangere – ihr Leben lang nicht impfen lassen können, sind grundsätzlich einem höheren Krankheitsrisiko ausgesetzt als die Mehrheit der Bevölkerung. Der Ordnungsgeber knüpft hier an einen dauerhaft nachteiligen Gesundheitszustand an und verbindet Sanktionen damit. Nachdem bei 2G/2G-Plus alle anderen Personen (zumindest nach der Logik des Ordnungsgebers, s.o.) über ausreichende Immunität verfügen, überwiegt bei Personen mit medizinischer Kontraindikation das Recht auf eigenverantwortliche Selbstgefährdung.

#### **d) Sperrstunde und Musikverbot in der Gastronomie nach § 11**

Die Sperrstunde nach § 11 Nr. 1 und das Musikverbot nach § 11 Nr. 3 verstoßen gegen das Übermaßverbot. Was soll damit bezweckt werden? Das Virus überträgt sich nach 22 Uhr nicht schneller als davor. Soweit die Gefahr einer alkoholbedingten Enthemmung zu späterer Stunde angeführt wird, kommt als milderer Mittel, das weniger stark in die Berufsfreiheit der Wirte eingreift, ein Alkoholausschankverbot in Betracht. Fraglich ist auch, wie Musik die Verbreitung des Virus begünstigen soll, wenn in der Gastronomie ohnehin nur am Sitzplatz mit Mindestabstand zu anderen Personen die Maske abgenommen werden darf. Dem Verordnungsgeber sollte bekannt sein, dass es auch Instrumente gibt, die aerosolfrei Musik erzeugen und sogar mit Maske gespielt werden können, wie das Akkordeon. Kulturschaffenden wird durch diese unsinnige Regel eine Möglichkeit genommen, sich ihre finanziellen Einbußen durch die (unverhältnismäßigen) Kulturschließungen abzumildern.

#### **e) Verbot öffentlicher Feiern, Alkoholverbot, pauschale Betriebsschließungen nach § 14**

§ 14 Abs. 1 untersagt das Feiern auf öffentlichen Plätzen und Anlagen, Abs. 2 verbietet den Konsum von Alkohol an bestimmten öffentlichen Orten.

Diese Maßnahmen sind bereits nicht erforderlich. Die allgemeine Kontaktbeschränkung des § 3 verhindert ohnehin schon ein Zusammenkommen von mehr als zwei nicht-geimpften Hausständen. Weiterhin gilt nach § 4 Abs. 1 i. V. m. § 2 Abs. 2 Satz 1 Maskenpflicht und 2G plus bei „privaten Veranstaltungen außerhalb privater Räumlichkeiten“. Durch Alkohol- und Feierverbote im öffentlichen Raum werden Feierwütige in den Privatbereich gedrängt, wo die Hemmungen niedriger sind, aber die Ansteckungsgefahr höher (s.o.).

Zusätzlich bleibt wieder offen, was der Verordnungsgeber unter „Feiern“ versteht. Wenn sich der Antragsteller mit einem Freund auf eine Parkbank setzt und ein Bier trinkt, ist das dann trotz Einhaltung der Kontaktbeschränkung eine Ordnungswidrigkeit, weil er mit ihm „auf einem öffentlichen Platz feiert“? Ab wann ist ein Zusammenkommen eine Feier? Kann es Feiern auch ohne Alkohol geben?

Es wirkt, als wäre diese Vorschrift bloß dazu gedacht, die Narrative der feiernden Jugendlichen als Treiber der Infektion zu betonen, ohne den Wirkungskreis der Kontaktbeschränkungen in der Praxis zu erweitern. Durch lediglich deklaratorische Klarstellungen wird aber das Vertrauensinteresse der Bürger durch zusätzliche Bußgeld-Risiken berührt. Sie müssen fürchten, dass ihr unter der ursprünglichen Norm rechtmäßiges Verhalten aufgrund des Wortlauts der deklaratorischen Norm als unrechtmäßig subsumiert werden kann.

Vgl. Plautz, Es werde Licht (in der Gesetzgebung), rescriptum 2015/2, S. 120 m. w. N.

Die pauschalen Schließungen von Clubs, Diskotheken und vergleichbaren Einrichtungen nach Abs. 3 hat der Bayerische Ministerpräsident in seiner gestrigen Regierungserklärung damit gerechtfertigt, dass die luca-App gezeigt habe, dass in diesem Bereich die meisten Neuinfektionen geschehen würden. Nachdem die App jedoch überproportional dort verwendet wird und in anderen Betriebsarten kaum, ist dieses Bild verzerrt.

Vgl. <https://www.deutschlandfunkkultur.de/clubs-bayern-schliessung-corona-100.html>

Jedenfalls hätte man auch hier zunächst 2G-Plus in Verbindung mit Kapazitätsbeschränkungen (vgl. § 4 Abs. 2 Nr. 1) oder einer Maskenpflicht als milderer Mittel anwenden können. Die Pauschalschließungen greifen unangemessen tief in die Berufsfreiheit der Betreiber ein, insbesondere da die Branche in Bayern nach eineinhalb Jahren Stillstand erst Anfang Oktober wieder geöffnet worden war.

#### **f) Regionaler Hotspot-Lockdown nach § 15 Abs. 1 Nr. 1**

Nach § 15 Abs. 1 Nr. 1 sind bei Überschreiten einer 7-Tages-Inzidenz von 1000 alle Veranstaltungen, Einrichtungen und Betriebe, die den §§ 4 und 5 unterfallen, untersagt.

Die Regierung wird sich auf diese Vorschrift berufen, um anzuführen, dass sie ein „Stufenkonzept“ entwickelt habe, das die Verhältnismäßigkeit durch auf unterschiedliches Infektionsgeschehen angepasste Maßnahmen wahrt. Sie missachtet dabei jedoch das Übermaßverbot: Wenn in einem bestimmten Bereich Neuinfektionen unabhängig von der Inzidenz/Hospitalisierungsrate schlicht naturwissenschaftlich geradezu ausgeschlossen sind, beispielsweise weil zuverlässig Mindestabstand gewahrt werden kann, dann ist eine Verschärfung der Maßnahmen schlicht nicht erforderlich.

Aus diesem Grund ist das pauschale undifferenzierte Verbot von Veranstaltungen nach §§ 4, 5 bzw. die Schließung der in § 15 Abs. 1 Nr. 1 aufgelisteten Einrichtungen unangemessen. In allen Fällen, insbesondere der Gastronomie und der Bildungs-/Kultureinrichtungen, können verlässliche Hygienekonzepte umgesetzt werden.

Der BayVGh hegt Zweifel an der Rechtmäßigkeit der vollständigen Schließung von Bibliotheken und Archiven, weil wissenschaftliche Bibliotheken ähnlich wie Einzelhandelsgeschäfte durch ein weitgehend kontaktloses Versende- und Abholsystem betrieben werden könnten. Der Ordnungsgeber muss die Freiheit der Wissenschaft und Lehre bei seiner Entscheidung miteinbeziehen.

Vgl. BayVGh v. 19.01.2021 – 20 NE 21.76, Rn. 34

Insbesondere für Studierende, Autoren und Wissenschaftler, die auf Bibliotheken angewiesen sind, solange nicht der komplette Bestand digitalisiert ist, kommt eine Schließung einem schweren Eingriff in ihre Wissenschafts-/Berufsfreiheit gleich.

Mit den Eingriffen insbesondere in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht und die Kulturfreiheit werden Kernelemente des Mensch-Seins und des menschlichen Zusammenlebens, die in einer rechtsstaatlichen Demokratie eigentlich unantastbar und immer von Seiten des Staates garantiert sein sollten, in Frage gestellt. Wenn die Herleitung eines „Grundrechts auf Kulturausübung und -genuss“ teilt, könnte man aufgrund der weitreichenden Wirkverbote dieses sogar in seinem Wesensgehalt angetastet sehen (Art. 19 Abs. 2 GG). Denn zum Wesensgehalt eines jeden Grundrechts gehören jeweils diejenigen seiner Bestandteile, die dafür Sorge tragen, dass sich dieses Freiheitsgrundrecht als subjektives Abwehrrecht gegenüber der einfachen Rechtsordnung und den Rechtsanwendern hinreichend durchsetzt und seine Grundidentität wahrt. Selbst schwerwiegende Interessen der Allgemeinheit können Eingriffe in diesen Bereich nicht rechtfertigen. Das Grundrecht auf Kulturausübung und -genuss soll gerade verhindern, dass kulturelle Tätigkeiten vom Staat unter einen Erlaubnisvorbehalt gestellt werden.

Vgl. Maunz/Dürig/Remmert, 91. EL April 2020, GG Art. 19 Abs. 2 Rn. 38, 41, 44 (ähnliche Überlegungen bzgl. Art. 5 Abs. 3 GG bei einem Schreibverbot).

Dass nach § 15 Abs. 1 Nr. 1 lit. g in Hotspots Präsenzveranstaltungen an Hochschulen fast vollständig ausgesetzt werden müssen, aber Schulen weiterhin offen bleiben, ist eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung. In beiden Fällen ist das Recht auf Bildung betroffen und durch defizitäre Online-Angebote können diesen Eingriff nicht ausreichend kompensieren. Oben wurde bereits aufgeführt, dass soziale Kontakte für Studierende genau wie Schüler

essentiell sind. Universitäten sind genau wie Schulen ein Ort der Begegnung mit Gleichaltrigen. Die Umstellung auf Distanzunterricht ist aufgrund vorhandener milderer Mittel wie durchgängiger FFP-2-Maskenpflicht auch nicht erforderlich.

Nachdem in Hotspots durch das Verbot aller möglichen Veranstaltungen und der Schließung sämtlicher Betriebe ein faktischer Lockdown herrscht, müssen die daraus resultierenden „Kollateralschäden“ in die Abwägung zulasten des Ordnungsgebers einbezogen werden.

§ 28 Abs. 1 Satz 3 IfSG verbietet ausdrücklich Heilbehandlungen und ist somit Ausdruck unseres Verfassungsverständnisses, dass der Mensch in freier Entscheidung Risiken eingeht oder nicht. Die wenigsten Personen müssen sich einer Infektion aussetzen. Wenn der Staat seine Fürsorgepflicht überzieht, nimmt er allen – auch den Mitgliedern der Risikogruppen – das Recht, ihr Leben frei zu gestalten.

Die staatlichen Maßnahmen zielen auch nicht auf die Abwehr eines ohne Abwehrmaßnahmen mit Sicherheit drohenden Todes, sondern vielmehr auf die Abwehr von Risiken für Leben und Gesundheit. Auch vor Risiken für diese Rechtsgüter schützt Art. 2 Abs. 2 GG. Aber einem Risiko für das Leben ausgesetzt zu sein, ist eine viel geringere Beeinträchtigung als die Vernichtung des Lebens. In der Abwägung steht nicht eine Vielzahl von potentiellen Corona-Toten gegen die ergriffenen Freiheitseinschränkungen, sondern diesen Freiheitseinschränkungen steht das Risiko gegenüber, dass es zu Corona-Toten käme, wenn die Maßnahmen nicht ergriffen würden. Um präzise zu sein, besteht der Gemeinwohlvorteil, der gegen die aus den Freiheitseinschränkungen resultierenden Nachteile abzuwägen ist, in der Minderung dieses Risikos.

Vgl. Murswiek, Verfassungsrechtliche Probleme der Corona-Bekämpfung. Stellungnahme für die Enquete-Kommission 17/2 „Corona-Pandemie“ des Landtags Rheinland-Pfalz, S. 12.

Dieses Risiko lässt sich anhand der Angaben des Robert-Koch-Instituts quantifizieren. Demnach verläuft bei der „überwiegenden“ Zahl der Fälle die Infektion mild (vgl. [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Risikobewertung.html](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikobewertung.html)).

Weiterhin ist die Belastung des Gesundheitssystems in Deutschland zwar angespannt, aber noch nicht katastrophal. Vor dem Hintergrund, dass die Infektions-Letalitätsrate bei 2,09 Prozent liegt

– <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1103785/umfrage/mortalitaetsrate-des-coronavirus-nach-laendern/>; jedoch mit erheblichen Unterschieden nach Alter und Impfstatus –

sollten diese sprachlichen Beurteilungen zwar ernstgenommen, aber nicht überdramatisiert werden, da sie kaum Luft nach oben für ein tödlicheres Virus lassen. Die Auslastung der Intensivstationen ist regional sehr unterschiedlich. Außerdem muss man sich eingestehen, dass es unzählige Beispiele für Lebens- und Gesundheitsrisiken in der Größenordnung der aktuellen Pandemie gibt, die durch staatliche Freiheitseinschränkungen vermieden oder wesentlich vermindert werden könnten, ohne dass dies geschieht oder auch nur von starken politischen Kräften gefordert würde. Diese Risiken wurden und werden hingenommen, ohne dass der Staat drastische Freiheitseinschränkungen zu ihrer Verhinderung ergreift, obwohl solche Maßnahmen möglich wäre (z.B. Lockdown bei Grippe; Verbote für unfallträchtige Tätigkeiten; Verbot für Inverkehrbringen von Zucker).

Vgl. Murswiek, S. 29, <https://dokumente.landtag.rlp.de/landtag/vorlagen/2-12-17.pdf>

Da bei den Corona-Bekämpfungsmaßnahmen die Rettung von Leben (die bei Überlastung des Gesundheitssystems nicht gerettet werden könnten) im Vordergrund stehen, muss auch abgeschätzt werden, wie viele Leben sie kosten werden, insbesondere durch Zunahme von häuslicher Gewalt, Depressionen (z. B. durch soziale Isolation, Arbeitslosigkeit) und Suiziden:

„Die Fälle von Depressionen und Panikattacken sind im ersten Jahr der Corona-Pandemie einer Studie zufolge weltweit um mehr als ein Viertel angestiegen. Die in der medizinischen Fachzeitschrift „The Lancet“ veröffentlichte Studie schätzte, dass vergangenes Jahr weltweit 52 Millionen Menschen mehr an einer schweren depressiven Störung litten, als es ohne Pandemie der Fall gewesen wäre. Die Zahl der unter Angstzuständen leidenden Menschen lag demnach um 76 Millionen höher. [...]

Die Analyse ergab zudem, dass Frauen unverhältnismäßig stark betroffen sind. Das ist demnach vor allem darauf zurückzuführen, dass die Pandemie-Maßnahmen in den meisten Ländern die bestehenden gesundheitlichen und sozialen Ungleichheiten noch verschärfen. Die zusätzlichen Betreuungs- und Haushaltspflichten wurden hauptsächlich von Frauen übernommen. Frauen sind zudem weitaus häufiger Opfer häuslicher Gewalt, die während der Pandemie stark zugenommen hatte.

Doch auch bei den 20- bis 24-Jährigen schlug sich die Pandemie der Studie zufolge überdurchschnittlich auf die Psyche nieder. Ein wichtiger Grund dafür sei, dass die Schließung von Schulen und Hochschulen die Möglichkeiten junger Menschen stark eingeschränkt habe, zu lernen, mit Gleichaltrigen in Kontakt zu treten und einen Arbeitsplatz zu finden.“

Vgl. <https://www.n-tv.de/wissen/Corona-stuerzt-Millionen-in-die-Depression-article22856210.html>

Der Bericht eines BMI-Beamten zu den Kollateralschäden durch den ersten „Lockdown“ im Frühling lässt vermuten, dass diese höher ausfielen als der vermeintliche Nutzen.

Vgl. Murswiek, S. 34 ff. i. V. m. interner BMI-Bericht, <https://www.tichyseinblick.de/wp-content/uploads/2020/05/Corona-Ma%C3%9Fnahmenbewertung.pdf>

Der Rückgang der Fallzahlen ist politisch zwar eine dringende Aufgabe, aber nicht um jeden Preis. Die Maßnahmen zur Eindämmung der Pandemie sind so zu wählen, dass man schwere Verläufe wirksam mindert, ohne neue Schäden zu verursachen.

Vgl. KBV, Gemeinsames Positionspapier zur COVID-19-Pandemie, S. 3.

Dieser Punkt scheint bei dem Entscheidungsfindungsprozess zu den aktuellen Maßnahmen wieder zu kurz gekommen zu sein.

Das Grundrecht auf Leben ist kein „Super-Grundrecht“, sondern gewährleistet wie jedes Grundrecht einen Anspruch auf **angemessenen** Schutz. Gerade wenn andere Rechte von Verfassungsrang aber wesentlich bedroht sind, kann eine Abwägung nicht immer zu Gunsten des Grundrechts auf Leben ausfallen. Die hier aufgeführten Grundrechtseingriffe wiegen so schwer, dass sie nicht hinter den Gefahren für Leib und Leben zurücktreten.



### C. Eilbedürftigkeit

Der Verfassungsgerichtshof kann auch im Popularklageverfahren eine einstweilige Anordnung erlassen, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund dringend geboten ist. Der Erlass einer einstweiligen Anordnung kann insbesondere dann geboten sein, wenn die Verfassungswidrigkeit der angefochtenen Vorschrift offensichtlich ist. (vgl. VerfGH München, Entscheidung v. 26.03.2020 – Vf.6-VII-20 auf [gesetze-bayern.de](http://gesetze-bayern.de) Rn. 10)

Die Verfassungswidrigkeit der angegriffenen Regelung ist nach diesseitiger Auffassung derart offensichtlich, dass auch ohne weitergehende Prüfung eine Entscheidung im Rahmen eines Eilverfahrens möglich ist.

Selbst wenn diese Auffassung nicht geteilt würde, wäre über den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung aufgrund einer Folgenabwägung zu entscheiden. Dabei müssen die für eine vorläufige Regelung sprechenden Gründe so schwerwiegend sein, dass sie den Erlass einer einstweiligen Anordnung unabweisbar machen. Bei der Folgenabwägung sind die Auswirkungen auf alle von der angegriffenen Regelung Betroffenen zu berücksichtigen.

Würden die streitgegenständlichen Normen fälschlicherweise für unwirksam erklärt, droht **kein signifikanter Schaden**. Diesseits wurde ausführlich dargelegt, dass die beanstandeten Regelungen größtenteils schon nicht geeignet oder erforderlich sind, jedenfalls durch mildere Schutzmaßnahmen ausreichend kompensiert werden könnten. Ein Blick auf die letzten Wochen zeigt, dass das 2G-System ja bisher nicht sehr erfolgreich darin war, das Infektionsgeschehen abzuschwächen. Es stünde dem Verfassungsgerichtshof auch frei, Übergangsregelungen zu treffen, die ein Mindestmaß an Infektionsschutz aufrechterhalten.

Würden die beanstandeten Regelungen dagegen nicht außer Vollzug gesetzt, drohen allen Bayern, insbesondere den jungen Menschen, tiefe **irreversible** und unangemessene Grundrechtseingriffe, unter anderem im Bereich der Persönlichkeitsentwicklung. Viele Betreiber erleiden **erhebliche wirtschaftliche Schäden**. Durch die faktische Impfpflicht werden Ungeimpfte mittelbar in ihrer Menschenwürde herabgesetzt.

Die 15. BayIfSMV steht sinnbildlich dafür, dass die Bayerische Staatsregierung aus den letzten drei Wellen nichts dazugelernt hat, sondern weiterhin den populistischen „Holzhammer“ bevorzugt.

Da die Verordnungsbegründung zum aktuellen Zeitpunkt (11:40 Uhr) immer noch nicht veröffentlicht wurde, aber das Einreichen dieses Schriftsatzes nicht weiter verzögert werden soll, wird zur Wahrung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz darum gebeten, den Antrag unverzüglich zur Stellungnahme an die Staatsregierung weiterzuleiten und dem Antragsteller Möglichkeit zur Erwiderung zu geben.

Benjamin Stibi

