



Bernard Korn & Partner, Stromberger Straße 2, 55545

Bayerischer Verfassungsgerichtshof
Prielmayerstraße 5
80335 München

Eilt sehr!

Bitte sofort vorlegen!

Nur per Telefax: 089-5597-3986

DATUM	AKTENZEICHEN	DURCHWAHL	E-MAIL
02.12.2021	0992/2021-JH	(06131) 5547666	hamed@ckb-anwaelte.de

**Stibi ./ Freistaat Bayern
Vf. 60-VII-21**

Zunächst wird sich beim Bayerischen Verfassungsgerichtshof für die zügige Verfahrensführung und die Gelegenheit zur Erwidern bedankt.

Zum Schreiben der Staatsregierung vom 30.11.2021 wird wie folgt Stellung genommen bzw. ergänzend vorgetragen:

I.

Sowohl die Popularklage als auch der Antrag auf einstweilige Anordnung sind vollumfänglich zulässig. Bereits auf S. 2 des Schriftsatzes vom 24.11.2021 wurde klargestellt, dass allein aufgrund der Bußgeldbewehrtheit der angegriffenen Vorschriften diese in die Allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 101 BV eingreifen. Nach § 17 Nr. 1 handelt ordnungswidrig, wer vorsätzlich oder fahrlässig entgegen § 2 der Maskenpflicht nicht nachkommt oder entgegen § 2 Abs. 4 als Veranstalter nicht sicherstellt, dass der Maskenpflicht nachgekommen wird. Ebenso handelt nach § 17 Nr. 3 ordnungswidrig, wer vorsätzlich oder fahrlässig 2G(+)-Einrichtungen bzw. -Dienstleistungen betritt oder

Michael Bernard
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Strafrecht

Timo Korn
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Familienrecht
Fachanwalt für Strafrecht

Prof. Dr. Hanno M. Kämpf
Strafverteidiger

Anna Deus-Cörper
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Verkehrsrecht
ABAC Vertragsanwältin

Sven Hartmann
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht
Bankkaufmann

Denis Skaric-Karstens, Mag. rer. publ
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Sozialrecht

Daniela Hery, LL.M. (MedR)
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Medizinrecht
Fachanwältin für Strafrecht

Jessica Hamed
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Strafrecht

Nadia Thibaut
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Arbeitsrecht

René Ritter
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Markus Cronjäger
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Strafrecht

Timo Berneit
Rechtsanwalt

Franz-Rudolf Dietz
Rechtsanwalt
Rechtsanwälte in Partnerschaft mbB
Amtsgericht Koblenz PR 155
USt-Ident-Nr. DE 219 123 576

www.ckb-anwaelte.de
info@ckb-anwaelte.de

Kanzlelsitz Bad Kreuznach
Stromberger Straße 2
55545 Bad Kreuznach
Telefon +49 671 920 275 0
Telefax +49 671 920 275 9

Kanzlelsitz Mainz
Hindenburgplatz 3
55118 Mainz
Telefon + 49 6131 55 47 666
Telefax + 49 6131 55 47 667

Kanzlelsitz Wiesbaden
Klingholzstraße 7
65189 Wiesbaden
Telefon +49 611 341 487 5
Telefax +49 611 341 532 1

Commerzbank Bad Kreuznach
IBAN DE60 5504 0022 0112 9212 01
BIC COBADEFFXXX

in Anspruch nimmt bzw. als Betreiber keine Zugangskontrollen durchführt.

Soweit im Schriftsatz vom 24.11.2021 auf Bundesgrundrechte Bezug genommen wurde, wird darauf verwiesen, dass sich aus Art. 142 GG sowie dem Bundesverfassungsgerichtsurteil vom 15.10.1997 für das Verhältnis von BV- zu GG-Grundrechten folgern lässt, dass das engere Grundrecht als Mindestgarantie zu verstehen ist.

Vgl. Lindner/Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern. Kommentar, 2. Auflage 2017, Vor Art. 98, Rn. 110 ff.

II.

Sowohl die Popularklage als auch der Antrag auf einstweilige Anordnung sind begründet. Die Einwände der Staatsregierung greifen nicht durch.

1. Formelle Verfassungswidrigkeit

a.

Die 15. BayIfSMV verstößt gegen den Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes bzw. die vom Bundesverfassungsgericht entwickelte Wesentlichkeitstheorie und Vorhersehbarkeitsformel.

Der Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes nach Art. 55 Nr. 1 i. V. m. Art. 3 Abs. 1 Satz 1 BV besagt, dass das Handeln eines Hoheitsträgers auf eine formalgesetzliche Grundlage rückführbar sein muss, wenn es entweder einen grundrechtswidrigen Effekt, sprich eine Verkürzung grundrechtlich geschützter Interessen, impliziert oder sonst für den Einzelnen oder die Gemeinschaft von wesentlicher Bedeutung ist.

Der parlamentarische Gesetzgeber selbst muss das Regelungsprogramm definieren, in dem sich der Ordnungsgeber bewegen und ergänzend regelnd tätig werden darf. Der Bürger muss aus dem ermächtigenden

Gesetz hinreichend deutlich ersehen können, in welchen Fällen und mit welcher Tendenz von der Ermächtigung Gebrauch gemacht werden wird und welchen möglichen Inhalt die auf Grund der Ermächtigung erlassenen Verordnungen haben können. Als „Faustregel“ lässt sich festhalten, je höher die Eingriffsintensität der Verordnung ist, desto bestimmter muss die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage sein.

Vgl. Lindner/Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern. Kommentar, 2. Auflage 2017, Art. 55, Rn. 23, 38 ff.

Gerügt wird vorliegend kein bloßer Verstoß gegen bundesrechtliche Vorschriften, sondern eine Verletzung des in der Bayerischen Verfassung verankerten Rechtsstaatsprinzips nach Art. 3 Abs. Satz 1 BV. Eine solche liegt vor, wenn der Widerspruch zum Bundesrecht offen zutage tritt und darüber hinaus auch inhaltlich nach seinem Gewicht als schwerwiegender Eingriff in die Rechtsordnung zu werten ist.

Vgl. BayVerfGH v. 29.01.2021, Vf. 96-VII-20, Rn. 28

Sofern die Staatsregierung darauf verweist, dass der BayVerfGH die vom Ordnungsgeber herangezogenen Rechtsgrundlagen in früheren Entscheidungen bereits für nicht verfassungswidrig befunden hat, ist auf zwei wesentliche Änderungen seitdem hinzuweisen:

In der Literatur wird größtenteils die Auffassung vertreten, dass die Bedenken gegen eine fehlende parlamentarische Beteiligung an den Corona-Maßnahmen durch die Einfügung des § 28a IfSG im November 2020 beseitigt wurden. Indem im umfangreichen Katalog des § 28a Abs. 1 IfSG die typischerweise im Rahmen der Corona-Pandemie angewandten Maßnahmen explizit aufgeführt und damit die Handlungsmöglichkeiten der ordnungsgebenden Länder konkretisiert wurden, wurde eine wesentlich höhere Regelungsdichte des Maßnahmenregimes geschaffen. Außerdem wurde festgelegt, dass die in § 28a Abs. 1 IfSG normierten Maßnahmen grundsätzlich nur

während der Dauer der Feststellung der epidemischen Lage nationaler Tragweite nach § 5 IfSG angeordnet werden dürfen. Eine solche Einschränkung der Maßnahmen bestand zuvor nicht, da die Generalklausel des § 28 IfSG allgemeine Gültigkeit hat. Zudem wurden in § 28a Abs. 3 IfSG bestimmte Inzidenz-Schwellenwerte festgelegt, die als Maßstab für die Anwendung der Schutzmaßnahmen dienen sollen. Für bestimmte Maßnahmen wurden in § 28a Abs. 2 IfSG zusätzliche Einschränkungen eingeführt. Durch diese besonderen Kriterien und Einschränkungen wurde der Spielraum der Verordnungsgeber im Vergleich zur vorherigen Rechtslage eingeschränkt.

Vgl. Bundestag, WD 3 - 3000 - 060/21, S. 4 f.

Mit der jüngsten Änderung des Infektionsschutzgesetzes wurde ein Großteil der in § 28a Abs. 2 IfSG genannten Maßnahmen jedoch für nicht mehr anwendbar erklärt (§ 28a Abs. 8 IfSG). Außerdem ließ der Bundestag die epidemische Lage nationaler Tragweite auslaufen. Weiterhin ist nach § 28a Abs. 3 IfSG kein Überschreiten bestimmter Inzidenzwerte für die Verhängung neuer Maßnahmen mehr entscheidend, sondern eine Gesamtschau aus Anzahl der Neuinfektionen, stationär aufgenommener Patient*innen, geimpfter Personen etc. Das zuvor eingeführte Stufenkonzept, das den Normadressat*innen zumindest ansatzweise eine Orientierung bot, mit welchen Einschränkungen sie demnächst rechnen mussten, wurde somit wieder beseitigt. De facto enthält der § 28a IfSG aktuell – bis auf die fünf Maßnahmen, die in § 28a Abs. 8 IfSG ausdrücklich untersagt werden – wieder einen Blankoscheck für die Landesregierungen, der inhaltlich der – zurecht – kritisierten Generalklausel des § 28 IfSG gleichkommt. Dies wird verstärkt durch die „Übergangsfrist“ des § 28a Abs. 9 Satz 1 IfSG (der Grundlage für die 15. BayIfSMV), welcher einen Zeitraum schafft, in dem der Verordnungsgeber sich grundrechtseinschneidender Maßnahmen bedienen darf, die der Gesetzgeber ausweislich § 28a Abs. 1 Satz 1 IfSG für so intensiv hält, dass er sie ausdrücklich an das

Fortbestehen einer von ihm festgestellten epidemischen Lage nationaler Tragweite gekoppelt hat.

Durch § 28c Satz 2 IfSG n. F. hat der Bundestag die Rechtslage für die Normadressaten weiterhin verwässert, da die zuvor klare Privilegierung von „immunisierten Personen“ von den Maßnahmen nun von einem zusätzlichen negativen Testergebnis abhängig gemacht werden kann.

Kurzum ergibt sich aus dem Infektionsschutzgesetz überhaupt nicht mehr, welche Maßnahmen bei welchem Infektionsgeschehen ergriffen werden sollten. Stattdessen werden alle wesentlichen Abwägungen über intensivste Grundrechtseingriffe, die vom Gesetzgeber getroffen werden müssten, dem Ordnungsgeber überlassen. Aus diesem Grund ist es umso wichtiger, dass die Verordnungsbegründung nach § 28a Abs. 5 Satz 1 IfSG, die diese Abwägungen enthalten sollte, mit Bekanntgabe der Verordnung und nicht erst später veröffentlicht wird (hierzu sogleich).

Sofern die Staatsregierung auf Drs. 18/19077 verweist, um eine rein symbolische Beteiligung des Landtags zu widerlegen, ist dem entgegenzuhalten, dass der Vorbehalt des Gesetzes nicht ohne Grund ein förmliches Gesetz (Lindner/Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern. Kommentar, 2. Auflage 2017, Art. 55, Rn. 18) meint. Die Verfassung gibt bewusst ein parlamentarisches Gesetzgebungsverfahren mit Ausschussberatung und mehreren Lesungen vor, um sicherzustellen, dass alle betroffenen Interessen ausreichend berücksichtigt werden. Der vorliegende „Beschluss“ ist qualitativ in keiner Weise mit dem erforderlichen förmlichen Gesetz vergleichbar.

b.

Das Rechtsstaatsprinzip verlangt, dass Rechtsnormen in einer Weise förmlich bekannt gemacht werden, dass die Betroffenen in verlässlicher und zumutbarer Weise von ihrem Inhalt Kenntnis erlangen können. Das Rechtsstaatsprinzip verlangt nicht nur die Erkennbarkeit, sondern auch die Verlässlichkeit des Rechts; auch Rechtssicherheit ist – neben der

Gerechtigkeit und der Gleichheit – maßgeblicher Teil der Rechtsidee. Es muss nicht nur erkennbar sein, was eine Norm regelt, sondern auch, dass sie gilt und als verlässliche, beständige Grundlage für die Kalkulation eigenen Handels dienen kann. Freiheitsentfaltung setzt Planbarkeit und mithin Verlässlichkeit voraus.

Vgl. Lindner/Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern. Kommentar, 2. Auflage 2017, Art. 3, Rn. 32 ff.

Die Bekanntgabe der 15. BayIfSMV um 21:30 Uhr am Tag vor Inkrafttreten sowie der Verordnungsbegründung am Nachmittag des Tages des Inkrafttretens selbst wird diesen Anforderungen nicht gerecht.

Die fehlende Rechtssicherheit/Planbarkeit wird an folgendem Beispiel deutlich:

„2G-plus auf der Zugspitze: Bayerische Zugspitzbahn versuchte schnell Gäste zu erreichen

Es war spät am Dienstagabend, als die Bayerische Staatsregierung die neuen Regelungen verkündete. „Wir haben natürlich versucht, über alle Kanäle – Website, Newsletter, Social Media, E-Mail und Telefon – so viele Gäste wie möglich zu erreichen“, sagt Verena Altenhofen. Tatsächlich standen gestern Vormittag aber hunderte Gäste ohne Schnelltestzertifikat in Skimontur an der Talstation, die abgewiesen werden mussten.

„Frustrierend für alle Beteiligten“, bedauert die BZB-Sprecherin. Mit Sorge beobachtete die BZB, dass sich an allen Testzentren und Apotheken im Ort lange Schlangen bildeten. Einige Gäste bekamen keine Testtermine. „Selbstverständlich versuchen wir aktuell alles, um den Skibetrieb aufrecht zu erhalten, die 2G-plus-Regelung bringt uns allerdings an die Grenzen des Machbaren.“

Vgl. <https://www.merkur.de/lokales/garmisch-partenkirchen/garmisch-partenkirchen-ort28711/corona-garmisch-partenkirchen-lockdown-zugspitze-hintertuer-2g-lift-ski-91137203.html>

Die unnötig späte Bekanntgabe der neuen Vorschriften hat also nicht nur den Betreibern der Zugspitzbahn finanzielle Einbußen und den abgewiesenen und umsonst angereisten Gästen erheblichen Ärger beschert, sondern zusätzlich für infektiologische Gefahrensituationen durch spontane lange Schlangen vor den Testzentren gesorgt.

Dass die kurze Vorlaufzeit dem geschuldet sei, dass die Staatsregierung die Bekanntgabe im Bundesgesetzblatt abwarten und dann sofort darauf reagieren hätte müssen, kann diesseits nicht nachvollzogen werden. Anders als es die Regierung darstellt, wäre kein „Maßnahmen-Vakuum“ entstanden: Unabhängig von der Änderung des Infektionsschutzgesetzes hätte die 14. BayIfSMV noch in vollem Umfang weitergegolten bzw. bis zum Monatsende verlängert und dann zu einem angemessenen Zeitpunkt um zusätzliche Maßnahmen ergänzt werden können. Obwohl der Großteil der Maßnahmen inhaltlich wohl schon in der Sitzung des Koalitionsausschusses am Wochenende beschlossen wurde, hat man sich trotzdem die Zeit genommen, den Landtag miteinzubeziehen und, da man dessen Zustimmung wohl nicht für nur symbolisch hielt, also auch die Möglichkeit eingeplant, dass der Landtag Änderungswünsche hat, die das Inkrafttreten der Norm weiter verzögert hätten. Wie im Schriftsatz vom 24.11.2021 dargelegt, war die Situation offensichtlich nicht so dringlich, dass man den Normadressat*innen nicht noch einen weiteren Tag Vorlaufzeit hätte zubilligen können.

Stattdessen drängt sich inzwischen der Eindruck auf, dass die Staatsregierung systematisch in Kauf nimmt, dass Eilrechtsschutz auf diese Weise erheblich erschwert wird. Folgende Screenshots belegen,

dass der Verordnungsgeber wiederholt neue Verordnungen maximal kurzfristig zur nachtschlafenden Uhrzeit bekannt gibt:

Telekom.de 38% 21:35

Veröffentlichungen im BayMBl.

Ressorts
Alle Ressorts

Publikationstypen
Alle Typen

Mehr Optionen

Suchen Zurücksetzen

Einstellungen merken

2.145 Treffer gefunden

1-15 16-30 31-45 > >>

Fundstelle 2021 Nr. 771
Verkündung 04.11.2021
Titel Änderung der

Telekom.de 27% 23:21

verkuendung-bayern.de/

Suchen Zurücksetzen

Veröffentlichungen im BayMBl.

Ressorts
Alle Ressorts

Publikationstypen
Alle Typen

Mehr Optionen

Suchen Zurücksetzen

Einstellungen merken

2.166 Treffer gefunden

1-15 16-30 31-45 > >>

Fundstelle 2021 Nr. 792
Verkündung 12.11.2021



WLAN Cell 51% 22:31

2.147 Treffer gefunden

1-15 16-30 31-45 > >>

Fundstelle 2021 Nr. 773
Verkündung 05.11.2021
Titel Begründung der Verordnung zur Änderung der Vierzehnten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordn.

GI-Nr.
Erlass 05.11.2021
Ressort Staatsministerium für Gesundheit und Pflege

Fundstelle 2021 Nr. 772
Verkündung 05.11.2021
Titel Verordnung zur Änderung der Vierzehnten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordn.

GI-Nr.
Erlass 05.11.2021
Ressort Staatsministerium für Gesundheit und Pflege

Telekom.de 34% 23:30

Suchen Zurücksetzen

Einstellungen merken

2.171 Treffer gefunden

1-15 16-30 31-45 > >>

Fundstelle 2021 Nr. 797
Verkündung 15.11.2021
Titel Begründung der Verordnung zur Änderung der Vierzehnten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung

GI-Nr.
Erlass 15.11.2021
Ressort Staatsministerium für Gesundheit und Pflege

Fundstelle 2021 Nr. 796
Verkündung 15.11.2021
Titel Verordnung zur Änderung der Vierzehnten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung

GI-Nr.
Erlass 15.11.2021
Ressort Staatsministerium für Gesundheit und Pflege



Die von der Staatsregierung zitierte Passage aus einem Bundesverfassungsgerichtsurteil ist irreführend, da es sich so liest, als ob die Regierung freie Auswahl beim Zeitpunkt des Inkrafttretens hätte. Karlsruhe hat aber auch entschieden, dass sich die Wahl des Zeitpunkts des In-Kraft-Tretens eines neuen Gesetzes am gegebenen Sachverhalt orientieren, d. h. sachlich vertretbar sein muss, und in besonderen Lagen die Notwendigkeit bestehen kann, die generelle Durchsetzung einer belastenden Regelung durch Gewährung einer Übergangszeit abzumildern (vgl. BVerfGE 47, 85, 94).

Aufgrund der Wesentlichkeitstheorie (s.o.) ist eben auch relevant, welche Kriterien der Ordnungsgeber zur Verhängung (schärferer) Maßnahmen heranzieht, insbesondere, ob er entgegen § 28a Abs. 3 Satz 4 IfSG nur die 7-Tages-Inzidenz und nicht auch die Hospitalisierungsrate berücksichtigt. Nachdem die Verordnungsbegründung aber erst viele Stunden nach Inkrafttreten und nach Einreichen dieser Klage veröffentlicht wurde, lässt sich aus Sicht der Normadressat*innen nicht mehr erkennen, ob die Regierung schon bei Konzeption der Verordnung wirklich eine vernünftige Abwägung, insbesondere unter Einbeziehung der Hospitalisierungsrate (und vor allem welcher, Stichwort Datenverzerrung, mehr dazu sogleich), vorgenommen hat, oder dies bloß durch Einfügung entsprechender Passagen in die nachträglich veröffentlichte Verordnungsbegründung suggeriert.

c.

Nach ständiger Rechtsprechung des BayVerfGH, die im Wesentlichen mit der Judikatur des BVerfG übereinstimmt, verpflichtet der **Bestimmtheitsgrundsatz** den Normgeber, seine Vorschriften so zu fassen, dass sie den rechtsstaatlichen Anforderungen der Klarheit und Justiziabilität entsprechen. Normen müssen so formuliert sein, dass die Betroffenen die Rechtslage erkennen können und die Gerichte in der Lage sind, die Anwendung der Vorschriften durch die Verwaltung zu

kontrollieren. Die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe ist zulässig, wenn sich mit Hilfe der üblichen Auslegungsmethoden eine zuverlässige Grundlage für die Auslegung und Anwendung der Vorschrift gewinnen lässt. Je intensiver eine Regelung in Rechte eingreift, desto bestimmter muss sie sein bzw. desto sicherer müssen die Auslegungs- und Anwendungsgrundlagen sein. Dasselbe gilt für Verweisungen und Verweisungsketten, soweit diese für den Rechtsanwender nachvollziehbar und hinreichend verständlich sind.

Vgl. Lindner/Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern. Kommentar, 2. Auflage 2017, Art. 3, Rn. 25 ff.

Die Staatsregierung ist nicht auf das Vorbringen des Antragstellers eingegangen. Die Begrifflichkeiten „Lebenspartner“ und „nichteheliche Lebensgemeinschaft“ sind nach wie vor unklar. Da sie eben mehrere Bedeutungen sowohl rechtlich als auch kolloquial haben und in der Vergangenheit von der Regierung unterschiedlich verwendet worden sind, lässt sich ihre Bedeutung im konkreten Fall nicht mittels der gängigen Auslegungsmethoden erschließen. Was unter „private Veranstaltungen außerhalb privater Räumlichkeiten“ nach § 4 zu verstehen ist und in welchem Verhältnis sie zu den Kontaktbeschränkungen stehen, bleibt nach wie vor unklar, ebenso die weiteren als unbestimmt gerügten Vorschriften.

Bezüglich § 4 Abs. 2 Nr. 3 lit. b hat der Ordnungsgeber einige Tage nach Inkrafttreten online klargestellt, dass zum Musizieren die Maske abgenommen werden dürfe:

„Ferner gilt die Maskenpflicht nicht, soweit sie zu einer wesentlichen Beeinträchtigung der künstlerischen Darbietung führt. § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 beinhaltet diesbezüglich eine Generalklausel zu sonstigen zwingenden Gründen. Zwingende Gründe im Sinne dieser Vorschrift können objektiv zwingende

Gründe, beispielsweise die Abnahme der Maske zum Musizieren oder zur künstlerischen Darbietung sein.“

Vgl. <https://www.stmgp.bayern.de/coronavirus/haeufig-gestellte-fragen/>, „Was gilt für Proben von Laiensembles?“

Nachdem die bezeichnete Vorschrift gerade eine Ausnahme von der Ausnahme darstellt, erschließt sich der Rückgriff auf § 2 Abs. 1 Satz Nr. 6 dem durchschnittlichen Normadressaten nicht ohne weiteres.

Es stellt sich ferner die Frage, wieso man auf den Internetauftritten der Staatsregierung ein so umfangreiches FAQ zu den Regelungen der 15. BayIfSMV findet, obgleich das Gebot der Normklarheit erfüllt sei.

2.

a.

Der BayVerfGH erklärt die Würde des Menschen als sittlichen Eigenwert gegenüber allen politischen und rechtlichen Zugriffen des Staats und der Gesellschaft eigenständig und unantastbar. Eine staatliche Maßnahme verletze das Grundrecht nach Art. 100 BV nur, wenn sie eine schwerwiegende, an den Kern der menschlichen Persönlichkeit greifende Beeinträchtigung enthalte.

Vgl. Lindner/Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern. Kommentar, 2. Auflage 2017, Vor Art. 100, Rn. 16.

Art. 101 BV schützt die Freiheit, alles zu tun, was man will, und füllt als Auffanggrundrecht alle Lücken aus, die von den eigens benannten Freiheitsrechten gelassen wurden. Dazu gehören die private Lebensplanung und -gestaltung sowie die Freizeitgestaltung.

Vgl. Lindner/Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern. Kommentar, 2. Auflage 2017, Art. 101, Rn. 11 ff.

Bayerische Ungeimpfte dürfen inzwischen nur noch zur Arbeit gehen (unter den Testerfordernissen des § 28b IfSG) und sich mit maximal einem weiteren Hausstand treffen. Von allen anderen Formen bzw. Aktivitäten des sozialen Zusammenlebens sind sie ausgeschlossen. Der Zutritt zu allen von §§ 4 Abs. 1, 5 Abs. 1 erfassten Bereichen wird ihnen untersagt. Sie werden somit erheblich in ihrer Lebens-/Freizeitgestaltung, die von der Allgemeinen Handlungsfreiheit umfasst ist, beeinträchtigt.

Nach der Definition des Bundesverfassungsgerichts umfasst das menschenwürdige Existenzminimum indes 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, sodass der Ausschluss Ungeimpfter als menschenverachtend angesehen werden kann.

Hinzu kommt, dass das 2G-Modell auch erheblich finanzielle Auswirkungen auf Nicht-Geimpfte hat: Wer kommt für ihre laufenden Kosten für Freizeitangebote wie Sport- oder Instrumentalunterricht, die sie nun mangels Impfung nicht mehr wahrnehmen können, auf? Ungeimpfte werden vom Verordnungsgeber wie „Bürger zweiter Klasse“ behandelt, die „zur Impfung erzogen“ werden müssen. Diese gesellschaftliche Ausgrenzung hat inzwischen eine solche Intensität angenommen, dass führende Staatsrechtler sogar eine allgemeine Impfpflicht für ein milderes Mittel als dieses 2G-Modell halten (vgl. z. B. <https://verfassungsblog.de/lockdown-fur-alle/>). Bereits im Schriftsatz vom 24.11.2021 wurde dargelegt, dass der Druck inzwischen so hoch ist, dass er einem faktischen Impfwang gleichkommt. Dies geht mit erheblichen psychischen Belastungen für die Betroffenen einher. Dabei soll die Bayerische Verfassung nach Art. 99 Satz 1 dem Schutz und dem *geistigen Wohl aller* Einwohner dienen.

b.

Da es in der Bayerischen Verfassung keine Art. 12 GG entsprechende Grundrechtsbestimmung der Berufs- und Gewerbefreiheit gibt, sieht der BayVerfGH von Art. 101 BV den gesamten beruflichen und wirtschaftlichen Bereich erfasst. Beruf ist jede Tätigkeit, die ideell oder materiell der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dient.

Vgl. Lindner/Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern. Kommentar, 2. Auflage 2017, Art. 101, Rn. 17 ff.

Auch eine „objektiv berufsregelnde Tendenz“ liegt vor, da der Verordnungsgeber einige Berufsarten bzw. Ausübungsmodalitäten inzwischen für so infektiös hält, dass er sie faktisch verbietet, wie bei Marktbudenbesitzer*innen oder Schausteller*innen, die nun den zweiten Winter in Folge ihrem Beruf nicht mehr nachgehen können. Selbiges gilt für Clubbesitzer*innen.

Art. 166 BV umfasst die ideelle Komponente der Berufstätigkeit: Der Staat ist zwar verpflichtet, wirtschafts- arbeitsmarkt- und sozialpolitische Maßnahmen zu treffen, die es allen Bürger*innen ermöglichen, sich durch Arbeit eine auskömmliche Existenz zu schaffen. Es geht dabei aber nicht nur um das Finanzielle, sondern jeder Mensch soll das tun dürfen, wozu er berufen ist und was ihm innere Erfüllung bereitet, denn damit bringt er gleichzeitig mehr in die Gemeinschaft ein.

Vgl. Lindner/Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern. Kommentar, 2. Auflage 2017, Art. 166, Rn. 3 ff.

Selbst wenn die wirtschaftlichen Einbußen der Betreiber/Mitarbeiter der durch die 15. BayIfSMV zwangsgeschlossenen Einrichtungen (Jahrmärkte, Clubs, in Hotspots auch Restaurants, Museen, Bibliotheken uvm.) durch staatliche Finanzhilfen gelindert werden, kann dieser ideelle Wert der Arbeit, der den Menschen eine Bestimmung, einen inneren Antrieb, den Stolz sich selbst versorgen zu können, verleiht, nicht ersetzt werden.

Dies wird an der kurzfristigen Absage der Weihnachtsmärkte, bei denen man unproblematisch ein Hygienekonzept als milderer Mittel zur Schließung hätte etablieren können, deutlich:

„Die Absage des Tollwood Winterfestivals ist bitter und trifft uns hart. 2020 konnten weder das Sommer- noch das Winterfestival stattfinden“, erzählt Tollwood-Sprecherin Christiane Stenzel t-online: „Und in diesem Sommer hatten wir nur ein sehr kleines und recht schwieriges Sommerfestival.“

Das Bemühen war groß, trotz Pandemie für Sicherheit zu sorgen. „Wir haben unser Corona-Hygienekonzept der aktuellen Lage immer wieder anpassen müssen. Da wir beim Winterfestival auf der Theresienwiese ohnehin stets mit einer Umzäunung arbeiten, wären unterschiedliche Maßnahmen realisierbar gewesen“, erklärt Stenzel.

Kontrollen von 2G oder 2Gplus-Nachweisen hätten sich demnach problemlos umsetzen lassen. Alle Mühe war letztlich umsonst. Das gilt für alle Christkindlmärkte, die ausnahmslos abgesagt wurden.

Stenzel berichtet von „harten Zeiten für viele Aussteller“. Sie fordert von der Politik „Unterstützung“.

[...]

t-online liegt die städtische Mail zur Absage „des diesjährigen Winterzaubers auf dem Viktualienmarkt“ vor, versandt sechs Tage vor dem eigentlichen Start. „Die bereits überwiesenen Beträge werden Ihnen selbstverständlich schnellstmöglich zurtückerstattet“, heißt es in der Mail: „Die Hüttenübergabe am Donnerstag wird somit nicht stattfinden.“

Ein Standl-Wirt, der nicht genannt werden will, beschwert sich über den späten Zeitpunkt der Absage. Tassen seien schon bedruckt gewesen, Deko bestellt, 450-Euro-Kräfte kontaktiert gewesen, erzählt er. "Natürlich ist mir bewusst, wie schwierig die Situation für die Standbetreiber ist, nicht erst mit dieser Absage, sondern schon die ganze Pandemie-Zeit hindurch. Die Lage ist für manche existentiell", meint Reiter dazu. "Deshalb habe ich auch gesagt, dass ich mich mit dem Freistaat Bayern ins Benehmen setzen und mich für eine finanzielle Unterstützung einsetzen werde. Die Stadt wird selbstverständlich keine Gebühren verlangen, auch nicht für den Aufbau."

Eine mögliche finanzielle Kompensation ist für viele Schausteller aber nur ein schwacher Trost, zumal diese noch gar nicht bewilligt ist. "Wir alle hatten uns sehr darauf gefreut, den Menschen ein paar 'Tollwood-Momente' zu schenken. Das Tollwood-Festival war aufgebaut – wir waren startklar", erklärt Festival-Sprecherin Stenzel."

Vgl. https://www.t-online.de/region/muenchen/news/id_91237044/weihnachtsmaerkte-kurzfristig-abgesagt-muenchen-kritisiert-soeders-corona-politik.html

c.

Weder in der Verordnungsbegründung noch in ihrer Stellungnahme hat die Staatsregierung auch nur ansatzweise angemessen berücksichtigt, dass Bayern nach Art. 3 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BV Kulturstaat ist und Art. 3 Abs. 2 Alt. 2 BV den Staat zur Pflege kultureller Güter und zum Schutz Kulturschaffender verpflichtet (vgl. Lindner/Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern. Kommentar, 2. Auflage 2017, Art. 3, Rn. 6).

Das kulturelle Leben nach Art. 140 Abs. 3 BV umfasst geistige Kräfte, die sich unabhängig vom Staate entfalten und ihren Wert in sich tragen, bezieht damit auch das Brauchtum und andere kunstverwandte und bildungsbezogene Aspekte mit ein. Das Abstellen auf das kulturelle „Leben“ bringt zum Ausdruck, dass es bei der Kulturförderung nicht nur um die Kultur als Selbstwert, sondern vor allem auch um den Aspekt ihrer öffentlichen Zugänglichmachung (durch Museen, Theater, Bibliotheken etc.), d. h. um die kulturelle Betätigung aller Bürger geht.

Vgl. Lindner/Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern. Kommentar, 2. Auflage 2017, Art. 140, Rn. 6 f.

Durch ständige Zwangsschließungen von Kultureinrichtungen kommt es zu einem faktischen Stillstand des Kulturlebens. Insbesondere Ungeimpfte werden von der Teilhabe daran ausgeschlossen.

Der Antragsteller erwartet vom Bayerischen Verfassungsgerichtshof nicht, dass er in einer Eilentscheidung ein subjektives Grundrecht auf Kulturgenuss entwickelt. Aber die aufgeführten Passagen der Bayerischen Verfassung sowie die tiefen Verbindungen zu anderen Grundrechten (vgl. Schriftsatz vom 24.11.2021) zeigen, dass der Kultur bei der Abwägung der Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen ein viel höheres Gewicht zukommen muss als bisher geschehen.

d.

Von Art. 108 Alt. 3 BV wird auch die Wahl des Lehrmediums bzw. der Lehrmethode geschützt (vgl. Lindner/Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern. Kommentar, 2. Auflage 2017, Art. 108, Rn. 50).

Durch Hochschulschließungen und den erzwungenen Umstieg auf, nicht in jederlei Hinsicht und immer geeigneten, Online-Unterricht wird in dieses Grundrecht eingegriffen.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Beschluss „Bundesnotbremse II“ zudem die Bedeutung des Rechts auf Bildung bei der Prüfung der Corona-Maßnahmen betont. Es ist naheliegend, dieses auch auf den hochschulischen Bereich auszustrecken. Schließlich enthält die bayerische Verfassung sogar eine Förderpflicht für außeruniversitäre Erwachsenenbildung (Art. 139 BV).

Auch wenn er nach dem Wortlaut des Art. 125 BV auf „Kinder“ begrenzt ist, muss der Anspruch auf Entwicklung zu selbstbestimmungsfähigen und verantwortungsfähigen Persönlichkeiten dem Sinn nach auch für junge Menschen, die zwar volljährig, aber geistig noch nicht „ausgewachsen“ sind, gelten. Es ist wissenschaftlicher Konsens, aber auch in unserer Rechtsordnung (vgl. z. B. Heranwachsende im Strafrecht) anerkannt, dass mit dem 18. Geburtstag nicht plötzlich das Maximum an möglicher Reife eintritt, sondern bis Mitte der 20er-Lebensjahre noch ein Entwicklungsprozess stattfindet. Dies gilt insbesondere für Studierende, die noch eher im Schul- als im Arbeitsleben stecken.

Bei der Ungleichbehandlung von Studierenden mit Schüler*innen im Rahmen vom Zugang zu 2G/2G+ wiegt besonders schwer, dass ausweislich des Wortlauts von § 4 Abs. 3 Nr. 2 i. V. m. Abs. 7 Nr. 2 auch solche Schüler zu 2G/2G+ zugelassen werden, die z. B. wegen krankheitsbedingter Abwesenheit von der Schule gar nicht aktuell getestet sind, sondern von denen das der Ordnungsgeber lediglich vermutet. Hätte der Ordnungsgeber das zuvor bestehende faire 3G-System an Hochschulen nicht durch 2G ersetzt, hätte er nun in selbem Maße die Gewissheit, dass sich alle ungeimpften Studierenden regelmäßig testen lassen. Wie im Schriftsatz vom 24.11.2021 ausgeführt, wäre nichtsdestotrotz infektiologisch vertretbar, ungeimpfte Studierende durch Vorlage von negativen Testergebnissen von drei aufeinanderfolgenden Tagen ähnlich den „regelmäßig getesteten Schüler*innen“ zuzulassen.

Aufgrund der persönlichkeitsbildenden Wirkung von Bildungs-/Kulturangeboten ist durch deren Schließungen auch das geistige Wohl aller Bewohner*innen Bayerns nach Art. 99 Satz 1 BV betroffen.

e.

Art. 124 Abs. 1 BV vermittelt dem Einzelnen ein Grundrecht auf Schutz gegen störende Eingriffe der öffentlichen Gewalt. Die Norm verbürgt somit eine Sphäre privater Lebensgestaltung, die spezifische Privatsphäre von Ehe und Familie, die staatlicher Einwirkung entzogen ist, und somit ein Abwehrrecht.

Vgl. Lindner/Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern. Kommentar, 2. Auflage 2017, Art. 124, Rn. 19 f.

Im Schriftsatz vom 24.11.2021 wurde dargelegt, wie durch die Kontaktbeschränkungen in diesen Schutzbereich eingegriffen wird.

Die Staatsregierung verkennt mit ihrem Verweis auf die SchAusnahmV, dass Geimpfte sich dennoch nicht mit mehr als fünf nicht-geimpften Personen, z. B. Familienmitglieder, gleichzeitig treffen können, da diese sonst wiederum gegen die sich nach in § 3 enthaltenen Kontaktbeschränkungen verstoßen würden.

Entgegen dem Vortrag der Staatsregierung scheint es nicht naheliegend, dass hinsichtlich der Einbeziehung der Personen mit medizinischer Kontraindikation in die Kontaktbeschränkungen für Ungeimpfte eine Regelungslücke vorliegt. Die Vorschrift des § 4 Abs. 3 Satz 1 zeigt, dass der Verordnungsgeber diese Personengruppe grundsätzlich mitgedacht hat, aber sie offenbar für infektiologisch so gefährlich hält, dass er sie bewusst nicht von den Kontaktbeschränkungen ausgenommen bzw. den Zutritt zu Veranstaltungen bzw. Einrichtungen nach §§ 4 und 5 vom Willen des Betreibers abhängig gemacht hat. Die Beantragung einer Ausnahmegenehmigung nach § 16 Abs. 2 Satz 1 wäre somit offensichtlich aussichtslos, zumal nach Satz 2 Ausnahmegenehmigungen,

die einen generellen Personenkreis oder eine allgemeine Fallkonstellation betreffen, was vorliegend der Fall wäre, nur in Einvernehmen mit der zuständigen Regierung erteilt werden dürfen. Es ist davon auszugehen, dass die Kreisverwaltungsbehörde den Antrag abweisen würde mit der zutreffenden Begründung, dass es erkennbar dem Willen des Verordnungsgebers entgegenstehe.

Ergänzend wird vorgetragen, dass die Bayerische Verfassung in Art. 118a BV ausdrücklich die Benachteiligung von Menschen mit Behinderung verbietet. Satz 2 bringt eine besondere Verantwortung des Staates für jene zum Ausdruck. Er darf im Rahmen seines Schutz- und Förderungsauftrags nicht gegen das Untermaßverbot verstoßen.

Vgl. Lindner/Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern. Kommentar, 2. Auflage 2017, Art. 118a, Rn. 2.

Indem der Verordnungsgeber den Zutritt von Personen mit medizinischer Kontraindikation zu den von §§ 4 und 5 umfassten Veranstaltungen bzw. Einrichtungen optional belässt und nicht verpflichtend vorschreibt, tut er aber genau das.

3.

Entgegen der Insinuation der Staatsregierung verharmlost der Antragsteller auch nicht das Infektionsgeschehen oder stellt die Notwendigkeit staatlicher Pandemiebekämpfungsmaßnahmen in Abrede. Doch diese müssen sachlich vertretbar und verhältnismäßig sein. Dazu gehört es auch, die tatsächliche Lage nicht verzerrt darzustellen.

Wie im Schriftsatz vom 24.11.2021 ausgeführt, unterscheidet sich das Infektionsgeschehen zwischen Geimpften und Ungeimpften nicht in dem Maße, wie von der Staatsregierung behauptet. Zur Verdeutlichung:

Der bundesweite Anteil der (aktuell noch überwiegend ungeimpften) 5- bis 14-Jährigen an allen offiziellen Neuinfektionen lag in der letzten Kalenderwoche bei 19 Prozent (vgl. <https://www.jmwiarda.de/2021/11/30/der-doppelte-irrtum/>). Da diese Personengruppe als einzige regelmäßig getestet wird, treibt sie die Statistik bei den Ungeimpften erheblich nach oben.

Dass bei einer höheren Impfquote der Anteil der Geimpften an den Intensivpatienten steigt, wird nicht bestritten. Aber ausweislich der Verordnungsbegründung und der Stellungnahme der Staatsregierung geht es ihr um eine allgemeine Kontaktreduzierung, um jedwede Neuinfektionen, die zu einer Übertragbarkeit an Risikopatienten und somit einem Anstieg der Intensivbettenbelegung führen könnten, zu verringern. Vor diesem Hintergrund muss man die Zahlen nun mal absolut sehen: Da die Impfung keine sterile Immunität verleiht und es inzwischen mehr Geimpfte als Nichtgeimpfte gibt, ist es nicht vertretbar, nur die Nichtgeimpften zu beschränken, auch wenn diese vielleicht relativ betrachtet häufiger, aber nicht in absoluten Zahlen auf die Gesamtbevölkerung betrachtet, zur Verbreitung von Infektionsketten beitragen. Schließlich sieht man gerade an dem von der Staatsregierung zitierten Beispiel Israel, dass dort trotz hoher Anzahl an Drittimpfung die Inzidenzen wieder steigen, da auch die Wirkung des Boosters nach einigen Monaten nachlässt.

Im Übrigen ist anzumerken, dass der Ordnungsgeber den Impfstatus der meisten positiv gemeldeten Fälle gar nicht kennt:



Tim Röhn
@Tim_Roehn

...

Bzgl. der Aufschlüsselung der Inzidenzen in Geimpft/Ungeimpft in #Bayern - siehe Tweet unten - hatte ich dem Landesamt für Gesundheit folgende Frage geschickt: Bei wie viel Prozent der Fälle ist der Impfstatus denn unbekannt? Heute hat die Pressestelle wie folgt geantwortet:

Sehr geehrter Herr Röhn,

vielen Dank für Ihre Nachricht, die Verzögerung bitten wir zu entschuldigen. Unten finden Sie unsere Rückmeldung:

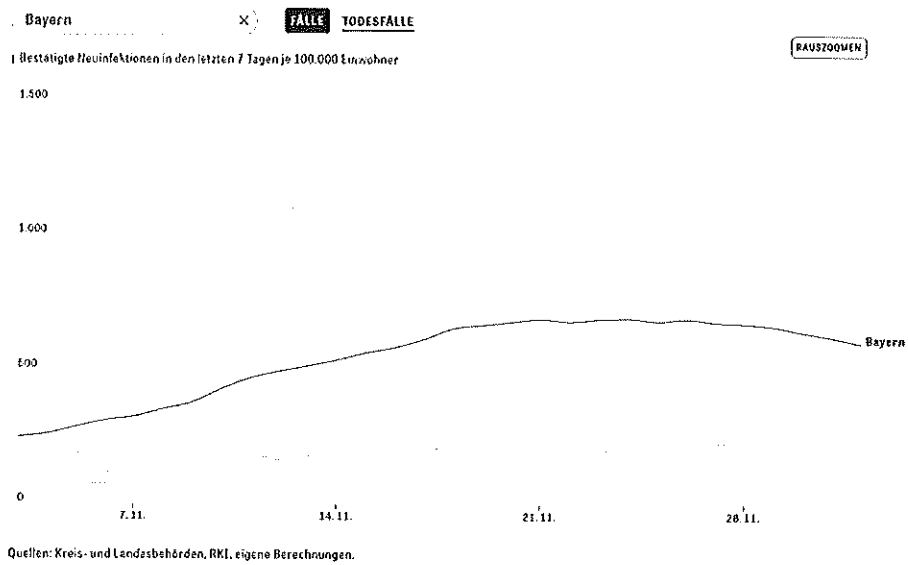
Mit Datenstand 24.11.2021, 8 Uhr wurden für die vorhergehenden 7 Tage 72.141 Fälle mit Impfstatus „nicht geimpft“ bzw. „unbekannt“ übermittelt. Davon war bei 57.489 Fällen der Impfstatus „unbekannt“. Mit Datenstand 24.11.2021, 8 Uhr, wurden für die vorhergehenden 7 Tage 9.641 Fälle mit vollständigem Impfschutz gemeldet.

Trotz der bekannten Limitationen ist die 7-Tages-inzidenz der Fälle mit vollständigem Impfschutz deutlich geringer als die der Fälle ohne Impfschutz. Zu beachten ist, dass die Erfassung des Impfstatus bei den Meldezahlen mit durch die aktuell starke Auslastung der Gesundheitsämtern bedingt ist. Zudem ist davon auszugehen, dass Informationen zum Impfstatus häufiger bei ungeimpften Fällen fehlen.

https://twitter.com/Tim_Roehn/status/1466428014397378571?s=20

Außerdem wird die Einschätzungsprärogative dadurch beschränkt, dass die Staatsregierung es versäumt hat, die medizinischen Kapazitäten zu erhöhen und in gleichem Maße Maßnahmen zu ergreifen, um die Anzahl der Nicht-Covid-19-Patienten, die mit 80 Prozent immer noch die absolute Mehrheit der Intensivbetten belegen, zu reduzieren.

Ferner ist zu berücksichtigen, dass die 4. Welle bereits vor Inkrafttreten der 15. BayIfSMV zurückging (vgl. <https://www.welt.de/kultur/plus235284924/Vierte-Corona-Welle-Warum-wir-keinen-Lockdown-brauchen.html>). Ein „Explodieren“ der Zahlen und eine exponentielle Belastung der Intensivstationen ist aktuell nicht zu befürchten. Dass der „Peak“ erreicht wurde, zeigen die folgenden Grafiken eindrucksvoll:



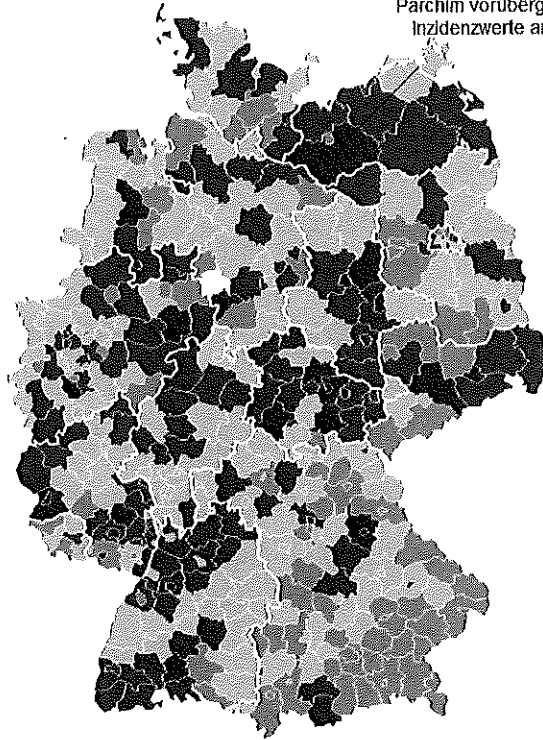
Vgl. <https://www.zeit.de/wissen/aktuelle-corona-zahlen-karte-deutschland-landkreise>

Corona-Inzidenz: Wo sie sinkt oder steigt

Prozentuale Veränderung der Zahl bestätigter Neuinfektionen je 100.000 Einwohner in den vergangenen sieben Tagen von 25. November 2021 bis 2. Dezember 2021

- Vergleich nicht möglich (Inzidenz 0 in der Vorwoche)
- -50 bis -100 %
- -10 bis -49,9 %
- -9,9 bis -0,1%
- keine Veränderung
- +0,1 bis +9,9 %
- +10 bis +49,9 %
- +50% und mehr

Nach einem Cyberangriff meldet der Landkreis Ludwigslust-Parchim vorübergehend keine Inzidenzwerte an das Robert Koch-Institut



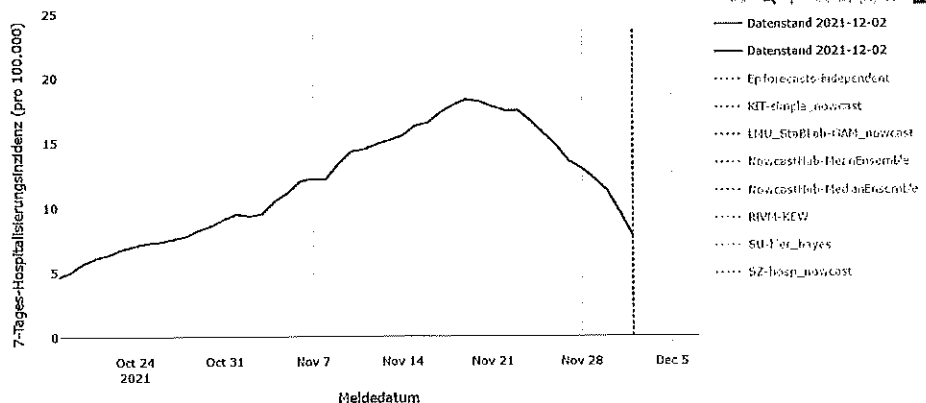
Fälle für Berlin auf Bezirksebene. Tatsächliche Werte können aufgrund von Nachmeldungen abweichen.
Aktueller Stand: 2. Dezember 2021, 0,00 Uhr

dpa • Infocom

Quelle: Robert Koch-Institut

Vgl. <https://www.pnp.de/nachrichten/bayern/Inzidenz-Infektionen-Intensivbetten-Alle-Zahlen-zum-Corona-Virus-in-Bayern-3835996.html>

Diese Plattform vereint Nowcasts der COVID19-7-Tages-Hospitalisierungsinzidenz in Deutschland basierend auf verschiedenen Methoden, mit dem Ziel einer verlässlichen Einschätzung aktueller Trends.



- Datenstand 2021-12-02
- Datenstand 2021-12-02
- Epi forecasts-Independent
- KIT-epiplus_nowcast
- IIMU_StoBlab-IIMU_nowcast
- NowcastHub-MedianEnsemble
- NowcastHub-MedianEnsemble
- RVM-KEW
- SU-For_bayes
- SZ-hosp_nowcast

Vgl. Nowcast der Hospitalisierungsrate für Bayern,
https://jobrac.shinyapps.io/nowcast_viz_de/

4.

Im Fachmagazin „The Lancet“ erklärte der Facharzt für Hygiene- und Umweltmedizin Prof. Dr. Günter Kampf, wieso die aktuelle Stigmatisierung Ungeimpfter falsch und gefährlich ist:

„In the USA and Germany, high-level officials have used the term pandemic of the unvaccinated, suggesting that people who have been vaccinated are not relevant in the epidemiology of COVID-19. Officials’ use of this phrase might have encouraged one scientist to claim that “the unvaccinated threaten the vaccinated for COVID-19“.

But this view is far too simple. There is increasing evidence that vaccinated individuals continue to have a relevant role in transmission. [...]

People who are vaccinated have a lower risk of severe disease but are still a relevant part of the pandemic. It is therefore wrong and dangerous to speak of a pandemic of the unvaccinated. Historically, both the USA and Germany have engendered negative experiences by stigmatising parts of the population for their skin colour or religion. I call on high-level officials and scientists to stop the inappropriate stigmatisation of unvaccinated people, who include our patients, colleagues, and other fellow citizens, and to put extra effort into bringing society together.“

Vgl.

[https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(21\)02243-1/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(21)02243-1/fulltext)

Der VGH Mannheim hat noch Mitte November ausgeführt (openJur 2021, 40866), dass 2G haltbar sei, weil der Differenzierung im Kern die

Annahme des Antragsgegners zugrunde liege, dass Personen, die über einen vollständigen Impfschutz verfügen oder im Sinne der Verordnung genesen sind, im Gegensatz zu Ungeimpften typischerweise gut gegen Neuinfektionen und gegen die Übertragung des Virus geschützt seien. Diesbezüglich hat das Robert Koch-Institut aber inzwischen auch seine Einschätzung geändert (https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/COVID-Impfen/FAQ_Transmission.html).

Zu berücksichtigen ist ferner, dass es auf den Impfstoff und den Zeitpunkt der Impfung ankommt. (z.B. Schutz von Johnson & Johnson gegen – auch symptomlose – Infektion nach sieben Monaten nur noch bei 13,1 Prozent, vgl. <https://www.swr.de/swraktuell/rheinland-pfalz/impfung-zepp-wirkung-100.html>). Eine wesentliche Ungleichheit hinsichtlich der Immunisierung ist somit nicht ohne weiteres ersichtlich. Diesen Erkenntnissen darf sich die Rechtsprechung nicht verschließen.

Zwar steht dem Gesetz- und Verordnungsgeber ein weiter Ermessens-/Beurteilungs-/Prognosespielraum zu, das hat auch jüngst das Bundesverfassungsgericht noch einmal bestätigt. Doch gerichtliche Kontrolle würde leer laufen, wenn Parlament und Regierung sich jedes Mal in Gefahrensituationen erfolgreich auf eine angebliche unsichere wissenschaftliche Lage berufen könnten.

Nach dem aus dem Willkürverbot ableitbarem Grundsatz der Systemgerechtigkeit darf die Regierung ähnlich wahrscheinliche oder nicht wahrscheinliche Gefahrensituationen nicht unterschiedlich behandeln. Aktuell verwendet sie wissenschaftliche Studien aber, wie es ihr beliebt: 2G rechtfertigt sie damit, dass die Übertragung durch Geimpfte unwahrscheinlicher sei als durch Ungeimpfte, aber dass nach allen verfügbaren wissenschaftlichen Erkenntnissen die Ansteckungswahrscheinlichkeit unter freiem Himmel deutlich geringer und das Infektionsrisiko beim Tragen einer FFP2-Maske gegen Null geht, blendet sie aus.

Für Personen, die sich nicht impfen lassen können, lässt sich das Ansteckungsrisiko *zumutbar* durch das Tragen einer Maske in Risikosituationen und flächendeckende Testungen der Gesamtbevölkerung verringern. Dennoch hat niemand einen Anspruch auf hundertprozentigen Schutz vor Krankheit durch den Staat.

Sofern die Staatsregierung meint, Kinder unter zwölf Jahren mangels Impfmöglichkeit besonders schützen müssen, sollte sie sich bewusst machen, dass das Risiko für diese Personengruppe, schwer an Covid-19 zu erkranken, äußerst gering ist. Über die Häufigkeit und Tragweite von „Long Covid“ besteht wissenschaftlich noch viel Ungewissheit.

Die von der Staatsregierung bestrebte maximale Sicherheit ist allenfalls dann erreichbar, wenn sich jede*r überall testen lassen müsste (1G). Das aktuelle 2G-System ist geradezu kontraproduktiv, da weder Geimpfte noch Ungeimpfte einen Anlass haben sich testen zu lassen, weil sie entweder überall oder gar nicht mehr Zutritt haben. Geimpfte leben in einer Scheinsicherheit, die politisch immer noch nicht hinreichend klargestellt wurde und im Zweifelsfall Menschenleben kostet:

<https://www.welt.de/politik/deutschland/plus235208392/Virologe-Kekule-Geimpfte-glauben-sie-seien-sicher-Man-hat-sie-falsch-informiert.html>

5.

Dass Veranstaltungen nach 22 Uhr einen Feiercharakter haben, ist eine pauschale Unterstellung. In allen Fällen, in denen die Staatsregierung eine „alkoholbedingte Enthemmung“ fürchtet, wäre als milderer Mittel zu vollständiger oder Uhrzeit-bedingter Schließung ein Alkoholausschankverbot denkbar.

Weiterhin nicht nachvollziehbar ist die Regelung zu Musik in Gastronomie (§ 11 Nr. 3). Die Staatsregierung schreibt auf S. 31 ihrer

Stellungnahme: „Indes ist festzuhalten, dass üblicherweise bei lautem Sprechen infolge von lauten Umgebungsgeräuschen – wie beispielsweise durch Musikbeschallung verursacht – ein höherer Aerosolausstoß hervorgerufen wird.“ Genau deswegen wäre es doch infektiologisch geboten, Hintergrundmusik zu verbieten und stattdessen Musikakte (als Vordergrundmusik), bei der das Publikum schweigend zuhört, zuzulassen.

6.

Es ist nicht ersichtlich, inwiefern die ergriffenen Maßnahmen vom Verordnungsgeber „ständig evaluiert“ (S. 35) werden würden. Jedenfalls sind die Folgen einer möglichen Außervollzugsetzung der diesseits beanstandeten Vorschriften maßlos überzogen (z. B. Triage wegen offenen Bibliotheken), zumal der Antragssteller keinen „Freedom Day“ zu erklagen versucht, sondern stets mildere gleich geeignete Mittel vorgeschlagen hat, die ein vergleichbares Schutzniveau bieten.

Jessica Hamed
Rechtsanwältin