|  |  |
| --- | --- |
| ***Absender: Vorname, Nachname***AnDas Bayerische Verwaltungsgericht MünchenPostfach 20 05 3480005 München | ***Adresse******des*** ***Absenders******Datum*** |

|  |  |
| --- | --- |
| **EILT! EINSTWEILIGER RECHTSSCHUTZ!BITTE UMGEHEND VORLEGEN! VIELEN DANK!** |   |

In dem Verwaltungsrechtsstreit und dem Aussetzungsverfahren

***Des Absenders***

***Vorname, Nachname***

***Adresse***

**-KLÄGER UND ANTRAGSTELLER-**

**G E G E N**

Den Landrat Berchtesgadener Land

vertreten durch das Landratsamt Berchtesgadener Land

Salzburger Straße 64, 83435 Bad Reichenhall

**-BEKLAGTER UND ANTRAGSGEGNER-**

erhebe ich namens und in Vollmacht des Klägers gegen die *Allgemeinverfügung des Landrats vom 19.10.2020*

**ANFECHTUNGSKLAGE**

Anträge bleiben einem weiteren Schriftsatz vorbehalten.

Zugleich beantrage ich im Rahmen einstweiligen Rechtsschutzes gem. § 80 Abs. 5 VwGO, folgenden Beschluss zu erlassen:

**Die aufschiebende Wirkung der Anfechtungsklage gegen die Allgemeinverfügung des Landrats vom 19.10.2020 wird angeordnet, soweit diese die Ziffern**

**- 1.(2),(3),(4)**

**- 3.(1),(2),(3)**

**- 4.**

**- 6.**

**der Verfügung betrifft.**

1. **Sachverhalt**

Dem Klagebegehren liegt dabei folgender Sachverhalt zugrunde:

Unter dem 19.10.2020 erließ der Beklagte mit Geltung für den Landkreis Berchtesgadener Land die beigeschlossene Allgemeinverfügung.

**Beweis:** Allgemeinverfügung im Wortlaut (Anlage K1)

Diese beinhaltet, zusammengefasst, Maßnahmen im Rahmen der sog. Corona-Pandemie. Wesentlicher Inhalt sind dabei, wann und wo in der Öffentlichkeit eine Gesichtsbedeckung zu tragen ist, die Schließung von Geschäften, sowie Regelungen, unter welchen Bedingungen Bewohner des Landkreises ihre Wohnung verlassen dürfen. Auf die Einzelheiten wird im Rahmen der Klagebegründung eingegangen.

***Der Kläger betreibt …….: hier die geschäftliche Tätigkeit genau beschreiben, welche durch die Allgemeinverfügung des Landrats stark betroffen ist, damit eine persönliche Betroffenheit belegt werden kann, die Voraussetzung zur Klageergebung ist***

Nachdem die Bewohner des Landkreises Berchtesgadener Land, dem Freistaat Bayern und der Bundesrepublik Deutschland die letzten Sommermonate hinweg relativ in Frieden und Freiheit (Freiheit sowohl vor überbordender Einmischung der Exekutive in ihr Privat- und Geschäftsleben als auch vor Covid-19-Erkrankungen) ihr Leben fristen konnten, gleichwohl insb. die Regierung des Freistaates Bayern nicht müde wurde, das Schreckgespenst einer zweiten Welle aufzubauen, hat der Beklagte nun, nachdem immer mehr und mehr Tests durchgeführt worden waren mit dem Beginn der kalten Jahreszeit passend zur „zweiten Welle“ den „zweiten Lockdown“ ausgerufen. Auch wenn dieser nunmehr nicht im Gewande einer landesweiten Rechtsverordnung daherkommt, sondern in der Gestalt regionaler Allgemeinverfügungen, bestehen keine Zweifel daran, dass ein Lockdown wie im Frühjahr dasjenige ist, was der Beklagte hier – freilich unter anderem Namen – in seinem Landkreis durchsetzen möchte.

Gegen diese „Lockdown“-Allgemeinverfügung richten sich Klage und Aussetzungsantrag des Klägers.

1. **Begründung**
2. Zulässigkeit der Klage
3. Statthaftigkeit der Anfechtungsklage

Die Anfechtungsklage ist vorliegend statthaft gem. § 42 Abs. 1 Fall 1 VwGO, da die sich gegen eine Allgemeinverfügung richtet und damit gegen einen Verwaltungsakt im Sinne des Art. 35 S.2 BayVwVfG. Denn mit der Allgemeinverfügung trägt der Landrat in seiner Behördeneigenschaft als Träger öffentlicher Gewalt einem Adressatenkreis einseitig und mit unmittelbarer Außenwirkung bestimmte Handlungs-, Unterlassungs- und Duldungspflichten auf (Sonderrechtslehre).

1. Zulässigkeit

Die Klage ist auch zulässig, insbesondere innerhalb der Frist des § 74 VwGO erhoben (Monatsfrist) und beim sowohl sachlich als auch örtlich zuständigen Gericht erhoben.

1. Klagebefugnis

Der Kläger ist auch klagebefugt, § 42 Abs. 2 VwGO, weil er nach dem sog. Adressatengedanken als Adressat eines belastenden Verwaltungsaktes wenigstens in seinem Recht auf allgemeine Handlungsfreiheit betroffen ist, Art. 2 Abs. 1 GG.

Darüber hinaus kann er auch geltend machen, dass er in besonderen subjektiven Rechten betroffen ist. Durch die Betriebsuntersagung im Sinne der 3.(1) und 3.(2) ist er in meiner Berufsfreiheit betroffen, Art. 12 Abs. 1 GG.

Durch die Ziffern 1.(1) sowie 1.(2),(3) ist er in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit betroffen, sowie der Freiheit der Person, Art. 2 Abs. 1, Abs. 2 S.2 GG

Durch das Besuchsverbot in Krankenhäusern ist er sowohl auf aktiver Seite in seinem Recht auf allgemeine Handlungsfreiheit betroffen, Art. 2 Abs. 1 GG, sowie auf passiver Seite aus seinem Recht auf körperliche Unversehrtheit, Art. 2 Abs. 2 S.1 GG, da Krankenbesuche der Genesung nachweislich zuträglich sind. Da diese Regelungen auch den Besuch von Verwandten betreffen können, ist er zudem in meinen Rechten aus Art. 6 Abs. 1 GG betroffen.

Durch die Pflicht, einen Mund-Nasen-Schutz auch in der Öffentlichkeit zu tragen, ist er zudem in seinem Recht aus Art. 2 Abs. 1 S.1 GG betroffen, sowie möglicherweise aus seinem Recht aus Art. 2 Abs. 2 S.1 GG, da gesundheitliche Schäden durch die Maske ernsthaft zu besorgen sind.

Soweit es das Besuchsrecht im Krankenhaus, die Maskentragepflicht und das Veranstaltungsverbot betrifft, ist er auch ohne konkret vorliegende Fallgestaltung klagebefugt, da Zuwiderhandlungen gemäß Ziffer 7 eine Ordnungswidrigkeit darstellen und es ihm daher nicht zumutbar ist, einen Verstoß gegen diese Verfügung abzuwarten, um dann im Rahmen seiner Verteidigung gegen staatliche Verfolgung die Rechtswidrigkeit der Verfügung geltend zu machen.

Wegen der Unbestimmtheit verwendeter Begriffe in der Verordnung kommt zudem ein Verstoß gegen das aus dem Rechtsstaatsprinzip abzuleitende Bestimmtheitsgebot, Art. 20 Abs. 3 GG, in Betracht.

Zudem kommen auch und gerade Verletzungen gegen subjektive Rechte aus einfachem Recht in Betracht, insbesondere wegen Verstoßes gegen das Bestimmtheitsgebot, Art. 37 BayVwVfG, sowie die aus dem IfSG und der durch die 7. Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung vermittelten Rechte in Betracht.

1. Begründetheit

Die Klage ist auch in dem beantragten Umfang begründet, da sich die Allgemeinverfügung als rechtswidrig erweist und der Kläger dadurch unmittelbar in eigenen Rechten verletzt ist.

1. Unzulässige Handlungsform der Allgemeinverfügung

Die Allgemeinverfügung ist rechtswidrig, weil sie eine abstrakt generelle Regelung zur Gefahrenabwehr trifft.

Die Regelung des Art. 35 S.2 BayVwVfG enthält insofern innerhalb ihrer Teil-Legaldefinition wie in S.1 das Merkmal der Einzelfallbezogenheit. Während Verwaltungsakte an Einzeladressaten konkret-individuellen Regelungscharakter hat, muss sich der einer Allgemeinverfügung auf einen konkret-generellen Sachverhalt beziehen. Abstrakt-Generelle Regelungen sind hingegen Rechtsverordnungen und Parlamentsgesetzen vorbehalten.

Die Allgemeinverfügung unterscheidet dabei zwischen der personenbezogenen und der sachbezogenen Allgemeinverfügung.

1. Unzulässige personenbezogene Allgemeinverfügung zur Regelung abstrakter Gefahren

aa. Allgemeine Anforderungen an eine personenbezogene Allgemeinverfügung

Vorliegend ist die Allgemeinverfügung rechtswidrig, weil sie eine abstrakt-generelle Regelung zur Gefahrenabwehr trifft, welche im Rahmen einer personalen Allgemeinverfügung stets unzulässig ist. Eine personenbezogene Allgemeinverfügung liegt vor, wenn sich der VA an einen nach allgemeinen Merkmalen bestimmten oder bestimmbaren Personenkreis richtet. Dabei ist sind bei der Bewertung sowohl der räumliche als auch der zeitliche Aspekt zu betrachten, sowie die Merkmale, anhand derer sich der Personenkreis bestimmen soll. Die Allgemeinverfügung erlaubt zwar eine Adressierung an eine unbestimmte Zahl von Personen, nicht jedoch die Regelung einer unbestimmten Zahl von Fällen (Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 35 Rn. 162).

bb. Zeitliche Grenzen der Allgemeinverfügung

Zeitlich gilt dabei zunächst, je länger eine Regelung ist, je größer der Adressatenkreis und je weitläufiger das Gebiet, welches betroffen sein soll, desto weniger kann über die Form der Allgemeinverfügung gehandelt werden (Stelkens/Bonk/Sachs, § 35 Rn. 285). Ein großer räumlicher und zeitlicher Geltungsbereich, sprechen dabei dafür, dass über abstrakt-generelle Regelungen gehandelt werden muss. Insb. beim Erlass von Verboten gilt, dass diese an einen räumlich und zeitlich eng bestimmten Sachverhalt anknüpfen oder ein einziges, tatsächliches Vorkommnis erfassen und an die daraus konkret erwachsenen Gefahren anknüpfen müssen (BVerwG, Urt. v. 28.2.1961, IC 54.57; OVG Saarlouis, Beschl. V. 2.11.2010, 3 B 164/10, Rn.9).

cc. Notwendigkeit eines konkreten Ereignisses

Im Bereich der Gefahrenabwehr ist anerkannt, dass dabei auch ein konkretes Ereignis Anlass geben kann, durch öffentliche Bekanntgabe von Anordnungen einen näher bezeichenbaren Personenkreis ein (auch längerfristiges oder auf Widerruf auferlegtes) Tun, Dulden oder Unterlassen aufzuerlegen. So hat das BVerwG im sog. Endiviensalat-Fall aufgrund konkreter Fälle von Erkrankungen aufgrund des Verzehrs von Endiviensalat ein generelles Verkaufsverbot als zulässige Allgemeinverfügung erkannt (BVerwGE 12, 87, 89). Es lag demnach ein Einzelfall vor, der sich aus dem Anlass und dem Zweck der Regelung herleiten ließ, nämlich konkrete Fälle von Erkrankungen aufgrund eines bestimmten Produktes. Im Fall einer Allgemeinverfügung innerhalb eines Wasserschutzgebietes hat das BVerwG entschieden, dass eine Entscheidung nach § 52 Abs. 1 S.1 WHG im Wege einer Allgemeinverfügung ergehen kann und die Wahl dieser Form nicht zu beanstanden ist, da diese Handlungsform zulässig sei, wenn es um die rasche Reaktion auf erkannte Defizite oder Gefahren für die Trinkwassergewinnung gegenüber einer größeren Anzahl von Personen gehe (Urt. v. 25.10.2018, 7 C 22.16, Rn. 13). Dabei wird maßgeblich darauf abgestellt, dass es um eine anlassbezogene und zeitlich begrenzte Anordnung in Bezug auf ein bestimmtes, übergreifendes Wasserschutzgebiet für die Wasserfassung zweier Landkreise ging.

dd. Grenze zur Abwehr abstrakter Gefahren

Die Grenze hingegen zur abstrakten Gefahrenabwehr und damit der Notwendigkeit des Handelns durch formelle Rechtsnormen ist überschritten, wenn etwa Windsufern das Windsurfen auf dem Bodensee ab einer bestimmten Entfernung zum Ufer untersagt werden sollte, um bei starkem Wind die abstrakte Gefahr des Geratens in Seenot zu vermeiden (VGH Mannheim, VBLBW 1987, 377, 381, wo insofern auch keine sachbezogene Allgemeinverfügung gesehen wurde). Ebenfalls keine Einzelfallregelung ist auch die Anordnung, bestimmte Arzneimittel nur noch in einer kindersicheren Verpackung auf den Markt zu bringen, obwohl der Kreis der Arzneimittelhersteller hinreichend bestimmbar ist, jedoch können später weitere Hersteller in den Kreis der Adressaten hinzutreten (vgl. VG Berlin DVBl 1983, 281, 282). Ebenfalls maßgeblich hat das OVG Saarlouis eine personenbezogene Allgemeinverfügung in einem Fall abgelehnt, in dem an alle Inhaltsanbieter in einem Bundesland das Verbot gerichtet wurde, für ein bestimmtes Sportwettunternehmen im Internet zu werben (NVwZ 2011, 190ff). Der Rechtsnormcharakter wird in diesem Fall besonders deutlich, da die Behörde gar nicht ermittelt hatte, ob es derartige Inhaltsanbieter überhaupt gab und ihr die Existenz eines entsprechenden Adressaten erst mit dessen Widerspruch überhaupt bekannt wurde (vgl. OVG Münster, NWVBl 2010, 326). Schulorganisatorische Regelungen können personenbezogenen Einzelfallcharakter haben, wenn es etwa um die Schließung einer einzelnen Schule geht und die Verfügung an alle Schüler ergeht (etwa VGH Kassel NVwZ 1989, 779, 780; für Kindergärten vgl. OVG Frankfurt Oder, NVwZ-RR 1997, 555; OVG Münster NVwZ-RR 1990, 1, 2). Raumbezogene Allgemeinverfügungen sind dort zulässig, wo sie einen überschaubares, vom übrigen Gebiet abgrenzbares Teilareal erfassen, also etwa polizeirechtliche Gefahrengebietsausweisung als Voraussetzung für anlasslose Personenkontrolle oder aber die Entscheidung einer Naturschutzbehörde, das Jagen von Kormoranen an bestimmten Gewässergebieten innerhalb eines größeren Areals zu erlauben (OVG Bautzen LKV 2003, 138; OVG Magdeburg NVwZ-RR 2003, 112; OVG Bautzen NJW 1999, 2986; VGH Mannheim DÖV 2000, 694). Abstrakte Einteilung von Schuleinzugsbezirken und anderen Maßnahmen, welche alle Sachverhalte innerhalb etwa einer gesamten Region betreffen, sind hingegen entweder als Verordnung oder als bloß verwaltungsinterne Maßnahme zu qualifizieren (vgl. VGH Mannheim NVwZ 2004, 119).

1. Fehlen der Voraussetzungen einer konkreten Gefahr im vorliegenden Fall

Vorliegend fehlt es also an einem hinreichenden Personenbezug, insbesondere liegt kein ausreichender Anlassbezug vor. Zudem ist aufgrund der wirklich massiven Eingriffe in die Grundrechte selbst bei einer Geltungsdauer von zwei Wochen dasjenige überschritten, was man noch als hinreichend engen zeitlich begrenzten Rahmen und damit auch zeitlich als Einzelfall anerkennen kann, zumal mit dem Hinweis auf die „zunächst“ Geltung (Ziffer 8) schon die potenziell unbegrenzte Verlängerung der Verfügung angekündigt wird.

aa. Nicht mehr hinreichend bestimmter Personenkreis

Bereits der Personenkreis ist nicht mehr hinreichend bestimmt, weil sich die Verfügung ihrer Zielsetzung nach an nahezu alle Einwohner des Landkreises Berchtesgadener Land richtet.

So wird aus 1.(1) schon ersichtlich, dass „Jeder“ Adressat der Maßnahmen sein soll. „Jeder“ ist gleichsam auch dazu verpflichtet, ohne triftigen Grund die eigene Wohnung nicht verlassen zu können. Gleichsam darf auch niemand an Veranstaltungen teilnehmen oder diese abhalten. Adressaten sind insbesondere auch alle Betriebe, die nicht der Daseinsvorsorge dienen (Ziffer 3.), sowie alle Betreiber von Gastronomiebetrieben und Beherbergungsstätten. Ebenso sind alle Menschen adressiert, die Einrichtungen im Sinne der Ziffer 4. besuchen möchten oder dort gerade stationiert sind. Sämtliche Schuleinrichtungen usw. sind gem. Ziffer 5 betroffen und damit sowohl deren Personal als auch deren Besucher (also Schüler usw.) und deren Eltern. Jedermann ist gleichsam Adressat der Maßnahme im öffentlichen Raum eine Mund-Nase-Bedeckung tragen zu müssen.

Allein diese Auflistung sollte eigentlich genügen, um selbst bei großzügigster Auslegung des Merkmals der Personenbezogenheit ohne Probleme zu dem Ergebnis zu kommen, dass sich Maßnahmen im Ergebnis an die gesamte Bevölkerung richten.

Man kann sich hier des Eindrucks nicht erwehren, eine derart weitreichende und im Ergebnis alle Einwohner und Besucher des Landkreises betreffende Maßnahme sei allein deswegen als Allgemeinverfügung erlassen worden, um die erneut den parlamentarischen Gesetzgeber zu umgehen, den demokratischen Prozess weiterhin zu unterbinden und den Adressaten eine besonders kurze Frist zum Anrufen der Gerichte zu stellen und damit effektiven Rechtsschutz zu unterlaufen.

bb. Keine Einzelfallregelung; Abstrakte Gefahrenabwehr; keine Anlassbezogenheit

Nach dem Obgesagten stellt sich die Allgemeinverfügung auch deswegen als rechtswidrig falsche Handlungsform dar, weil hier eine abstrakte Gefahr abgewehrt werden soll und es somit an der Abwehr einer konkreten Gefahr im Einzelfall fehlt. Es liegt also keine entsprechende Anlassbezogenheit vor.

Das ergibt sich hier schon aus der Begründung selbst, wenn es dort heißt, es komme zu einer Ausbreitung von Sars-Cov-2 im Landkreis.

Jeder Erreger im Sinne des § 2 Nr. 1 IfSG bedroht die Bevölkerung abstrakt, deswegen soll ja auch durch Infektionsschutzmaßnahmen dagegen vorgegangen werden können. Die Begründung trägt nicht einmal vor, dass die Voraussetzungen des § 28 IfSG, nämlich die Feststellung von Ansteckungsverdächtigen *gerade unter den Adressaten der Maßnahme* vorliegt. Denn nur das kann die Tatbestandsmäßigkeit nach der insofern eindeutigen Rechtsprechung des BVerwG a.a.O. des § 28 IfSG begründen. Die Allgemeinverfügung soll hier Infektionsprävention betreiben, also gerade abstrakte Gefahren abwehren, nicht aber repressiv die Infektionsketten eines konkret festgestellten Infektionsgeschehens (etwa in einer bestimmten Stadt, einer bestimmten Gemeinde, einer bestimmten Schule oder sonstigen Einrichtung) unterbinden. Der bloße Verweis darauf, es gäbe ja keine „Hotspots“, kann über dieses Erfordernis nicht hinweghelfen. Im Grunde ist der Begründung nicht einmal zu entnehmen, ob es nun um Infektionsprävention oder -repression geht, wenn es heißt, es läge „ein althergebrachtes Grundprinzip der Eindämmung“ vor.

Das lässt sich auch ohne weiteres mit der hier dargestellten Einzelfallkasuistik in der Rechtsprechung belegen, dass der Bogen des Zulässigen hier eindeutig überspannt ist. Gerade die Rechtsprechung zum Gewässer- und Naturschutz belegt, dass die Anlassbezogenheit immer ein konkret erfassbares Geschehen betreffen muss (etwa Erkrankungen aufgrund kontaminierten Salats; Verpackung von Arzneimitteln zum Schutz von Kindern) und/oder innerhalb eines größeren Areals bestimmte Sachverhalte (Jagen von Kormoranen) oder Teilareale (Gewässerschutz). Hier wird schlicht der gesamte Landkreis und alle dort befindlichen Einrichtungen, Personen usw. betroffen, ohne dass es dabei darauf ankommt, wie die Infektionslage innerhalb einzelner Einrichtungen, Gebieten oder Gemeinden ist. Diese Feststellungen vorzunehmen, das wäre originäre Aufgabe der Infektionsschutzbehörden, um dann anhand von Allgemeinverfügungen bestimmte Einrichtungen oder einzelne Landkreise betreffend Maßnahmen zu ergreifen (so im Ergebnis BVerwG v. 22.3.2012, 3 C 16.11).

Letztlich stehen die adressierten Personenkreise in keinem anlassbezogenen Sachzusammenhang zueinander. Insbesondere hat der Beklagte hier keinerlei Ermittlungsaufwand betrieben, von welcher der Adressatengruppen denn nun welche Gefahr ausgeht. Die Behauptung, es gäbe keine „Hotspots“ und daher sei die Gefahr allgegenwärtig, ist erstens ein Beleg für eine abstrakte, nicht aber eine konkrete Gefahr und zweitens handelt es sich um eine substanzlose, rein politisch motivierte und interessengeleitete Behauptung ohne jede Widerspiegelung in der Realität.

Die Möglichkeit, jederzeit an Sars-CoV-2 zu erkranken, ist derzeit eben ein abstraktes Lebensrisiko, dem auch generell entgegenzuwirken ist durch Präventionsmaßnahmen. Abstrakt-generelle Regelungen sind aber nach der Rechtsformlehre Materie von Rechtsnormen und des Art. 35 BayVwVfG.

1. “Inzidenzzahlen” insbesondere Beleg für das Vorliegen einer abstrakten Gefahr

aa. Unergiebigkeit der sog. Inzidenzzahl bei Orten mit weniger als 100.000 Einwohnern; Rein statistischer Erfassung von Fällen im Sinne der Inzidenz, die tatsächlich gar nicht existieren.

Insbesondere das Beziehen auf die sog Inzidenzzahl von 35 bzw. 50, welche sich der Beklagte hier unter Verweis auf die 7. BayIfSMV (§§24ff) zu Eigen macht, ist ein relativ deutlicher Indikator dafür, dass es sich hier um die Bekämpfung einer abstrakten Gefahr handelt.

So berichtete der Focus in seinem Online-Magazin vom 21.10.2020, eine Feier in der Gemeinde Anger (ca. 4200 Einwohner) sei Auslöser vieler Neuinfektionen gewesen (<https://www.focus.de/politik/deutschland/ausgangsbeschraenkungen-angekuendigt-berchtesgadener-land-buerger-sind-sauer-und-suchen-nach-den-gruenden_id_12558771.html>) .

*„Etwa 60 Prozent der neuen Corona-Infektionen gehen auf den Hotspot in Anger zurück, 40 Prozent registrierten wir über das Testzentrum des Landkreises in Bayerisch Gmain und aufgrund der Meldungen von den Arztpraxen“, sagte Wolfgang Krämer, Leiter des Gesundheitsamtes, vergangene Woche. Wie viele Menschen auf der Party gewesen sein sollen und wie viele Gäste positiv getestet wurden, ist nicht bekannt.“*

Losgelöst davon, dass hier auf einmal doch die Rede von Hotspots ist und man die Behauptung, die Infektionen gingen auf diese Feier zurück, offenbar gar nicht belegen kann und es auch nicht erforscht hat, ist eine Inzidenz, die erst auf 100.000 hochgerechnet werden muss, weil so viele Menschen überhaupt nicht existieren, die Definition eines Abstraktums: Der Zahl der tatsächlich existierenden „Infektionen“ (unterstellt an dieser Stelle, es handele sich hier um solche) wird durch die statistische Ermittlung der Inzidenz eine Zahl von Infizieren hinzuaddiert, die überhaupt nicht existieren. Es kann hier also überhaupt nicht um die Bekämpfung tatsächlich existenter Infektionen gehen, weil überhaupt nicht feststeht, dass diese Infektionen auch tatsächlich bei existierenden Personen festgestellt worden sind. Dass die vom Beklagten geltend gemachten Infektionen also überhaupt tatsächlich vorliegen und es sich nicht um bloß statistische Werte handelt, ist durch nichts belegt. Gefährlich sind jedoch nur tatsächlich kranke Menschen. Statistische Zahlen auf einem Blatt Papier können weder andere Menschen infizieren noch Intensivbetten im Krankenhaus belegen.

bb. Fehlen jeglicher wissenschaftlicher Evidenz für die Relevanz der vom Beklagten herangezogenen Inzidenzzahl

Darüber hinaus besteht auch keinerlei wissenschaftliche Evidenz für die Maßgeblichkeit der zugrundeliegenden Inzidenzzahlen.

So hat der Behördenleiter des Gesundheitsamts Aichach-Friedberg im Freistaat Bayern, Dr. Friedrich Pürner, ein erfahrener Epidemiologe, erst kürzlich ausgeführt (<https://www.merkur.de/bayern/coronavirus-bayern-soeder-gesundheitsamt-chef-maskenpflicht-friedrich-puerner-kritik-zr-13922061.html>) :

***[Auf die Frage der Sinnhaftigkeit des sog. Ampelsystems]:*** *„Diese Strategie ist nicht richtig. Die Inzidenzen 35 und 50 pro 100.000 Einwohner sind willkürlich gewählt, außerdem besteht der Inzidenzwert nur aus allen Positiv-Getesteten. Man weiß nicht, wie viele Personen Symptome haben und damit krank sind.“*

Ähnlich führte Prof. Dr. Oliver Lepsius, Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Verfassungstheorie aon der Universität Münster, kürzlich in einem Fernsehinterview im WDR aus (<https://www.youtube.com/watch?v=RMDUOnffA0s>):

„*Im Hinblick auf den Lockdown März-April würden wir heute sagen müssen: ‚Der ist in dieser Form verfassungswidrig gewesen.‘, jedenfalls in weiten Teilen, (…) weil unverhältnismäßig gehandelt wurde. Es sind zahlreiche Maßnahmen ergangen, die nicht gerechtfertigt werden können.*

*(…) Es wird keinen neuen Lockdown geben, der in der Form, wie wir ihn erlebt haben, heute rechtswidrig.*

*(…) Wir reden ja immer über diesen Schwellenwert von 50, jetzt. Das ist der ganz entscheidende Wert jetzt in der aktuellen politischen Debatte. Das ist ein politischer Kompromiss gewesen aus den – ich glaube, es war der sechste Mai – eine Schalte des Kanzleramts mit den Regierungschefs. Das ist eine politische, kompromisshafte Zahl. Die ist damals, sozusagen, ja, auch gefunden worden. Fünfzig, das brauchen sie jetzt auch nicht irgendwie begründen, ja? 10, 50, 100, das hat so eine Evidenzrationalität. Aber es steckt natürlich keine medizinische Rationalität dahinter. Es steht keine Rationalität der Kapazität. Es ist ja nicht so, dass bei 50 die Kapazität erschöpft wäre der Krankenhäuser oder der Gesundheitsämter. (…) Das heißt: Die Gerichte würden jetzt sich doch gar nicht zufriedengeben mit einer Maßnahme, die sich darauf stützt, dass ein Schwellenwert von 50 übertroffen wird. Der Schwellenwert von 50 muss angepasst werden.*

*(…)*

*Das Risiko, dass eine Infektion für Gesundheitssystem und für die Gesundheitsämter ausmacht, natürlich anders quantifizieren. Deswegen ist dieser Wert von 50 hinfällig und muss dringend angepasst werden.“*

Es ist vorliegend nicht ersichtlich, dass der Beklagte hier überhaupt irgendwelche Anstrengungen unternommen hat, diesen Inzidenzwert wissenschaftlich zu begründen oder ihn überhaupt irgendwie zu erklären. Warum 35 und 50? Warum nicht 36 und 49? Oder 500? Oder 5? Werden Inzidenzen für tatsächlich gefährdete und tatsächlich Erkrankte unterschiedlich erhoben? Wenn Inzidenzzahlen lediglich statistische Werte darstellen, die aber nichts über tatsächliche Erkrankungen aussagen (denn nur erkrankte Personen können das Gesundheitssystem überlasten), können keine Anhaltspunkte für konkrete Gefahren darstellen. Das Gesundheitssystem kann von Infizierten, die es gar nicht gibt, auch nicht überlastet werden.

1. Keine sachbezogene Allgemeinverfügung

Es liegt auch keine sachbezogene Allgemeinverfügung vor. Zwar wird man mit Schulen, Gastronomiebetrieben usw. und den anderen Einrichtungen Sachen im Sinne des Art. 35 S.2 BayVwVfG erblicken können und es ließe sich auch sagen, dass zu einem gewissen Grade deren Nutzung geregelt sein soll (etwa durch Reinigungsvorschriften, wie und wann sie betreten werden dürfen usw.). Es handelt sich aber gerade nicht um das Regelungsziel, wie die Sache benutzt werden soll, also etwa um das „Ob“ (z.B. Schulschließungen) oder das „Wie“ (Umwidmung zu einem anderen Zweck), da es sich um rein verhaltensbezogene Regeln handelt (wie muss die Einrichtung betreten werden, wie muss darin gereinigt werden usw. usf.), die allein über den Infektionsschutz einen bloß mittelbaren Bezug zu den Einrichtungen selbst haben (Stelkens/Bonk/Sachs, § 35 Rn. 328). Anknüpfungspunkt ist hier gerade nicht die Einrichtung selbst oder eine aus ihr hervorgehende konkrete Gefahr, sondern die überall herrschende abstrakte Infektionsgefahr von Sars-COV-2, welche gerade nicht an die Eigenschaften der Einrichtungen selbst anknüpft, sondern vielmehr daran, wie ihre Besucher und Nutzer sich innerhalb dieser gegenüber einander Verhalten.

Darüber hinaus scheitert die Einschlägigkeit des Art. 35 S.2 BayVwVfG bereits am Wortlaut der Norm, der von „einer“ Sache redet. Betrifft eine Regelung alle Sachen (also hier Schulen usw.) bestimmter Art, nicht aber ganz bestimmte, individuell bestimmbare Sachen, so dass diese Regelungen nur durch Rechtsnorm vorgenommen werden dürfen (Stelkens/Bonk/Sachs, § 35 Rn. 314; Gornig, Die sachbezogene hoheitliche Maßnahme, 150f).

1. Rechtswidrigkeit der Allgemeinverfügung wegen Verstoß gegen den Parlamentsvorbehalt und den Wesentlichkeitsgrundsatz

Vorliegend sind sowohl die Allgemeinverfügung selbst als auch die materielle Rechtsgrundlage der 7. BayIfSMV rechtswidrig, da sie in verfassungswidriger Weise den Parlamentsvorbehalt unterlaufen.

Der Parlamentsvorbehalt wird nach allgemeiner Auffassung sowohl aus dem Rechtsstaatsprinzip als auch dem Demokratieprinzip hergeleitet. Nach der insofern maßgeblich vom BVerfG entwickelten Wesentlichkeitstheorie zum Vorbehalt des Gesetzes muss das Parlament als das wichtigste und demokratisch am stärksten legitimierte Verfassungsorgan all diejenigen Entscheidungen treffen, die wesentlich sind, also die Grundlagen der sozialen Gemeinschaft betreffen und daher durch förmliches Gesetz geregelt werden müssen; zudem schlägt der Wesentlichkeitsgrundsatz auch durch auf die Bestimmtheit förmlicher Gesetze: Je wesentlicher die Grundrechtsrelevanz der gesetzgeberischen Entscheidung ist, desto strenger die Vorgaben an den förmlichen Gesetzgeber (BVerfGE 9, 147; 40, 237, 249; 49, 168, 181; 83, 130, 142). Je wesentlicher der Eingriff in grundrechtliche Freiheiten ist, desto höher sind die Anforderungen an die Regelungsdichte und die Bestimmtheit.

1. Parlamentsvorbehalt und Grenzen der Regelung des Verfassungslebens durch Exekutivhandeln

Der im Rechtsstaatsprinzip und im Demokratiegebot wurzelnde Parlamentsvorbehalt gebietet es also, dass in grundlegenden normativen Bereichen, insbesondere im Bereich der Grundrechtsausübung, soweit diese staatlicher Regelung zugänglich ist, die wesentlichen Entscheidungen vom Gesetzgeber getroffen werden. Wann es einer Regelung durch den parlamentarischen Gesetzgeber bedarf, lässt sich dabei nur mit Blick auf den jeweiligen Sachbereich und die Eigenart des betroffenen Regelungsgegenstandes beurteilen. Die verfassungsrechtlichen Wertungskriterien sind dabei den tragenden Prinzipien des Grundgesetzes, insbesondere den dort verbürgten Grundrechten, zu entnehmen (vgl. BVerfG, Urt. v. 14.7.1998 - [1 BvR 1640/97](https://beck-online.beck.de/?typ=reference&y=200&d=1998-07-14&az=1BVR164097&ge=BVERFG) - BVerfGE 98, [218](https://beck-online.beck.de/?typ=reference&y=300&b=98&s=218&z=BVerfGE), [251](https://beck-online.beck.de/?typ=reference&y=300&b=98&z=BVerfGE&sx=251); siehe zuletzt etwa BVerfG, Beschl. v. 1.4.2014 - [2 BvF 1/12](https://beck-online.beck.de/?typ=reference&y=200&d=2014-04-01&az=2BVF112&ge=BVERFG), [2 BvF 3/12](https://beck-online.beck.de/?typ=reference&y=200&az=2BVF312&ge=BVERFG) - BVerfGE 136, [69](https://beck-online.beck.de/?typ=reference&y=300&b=136&s=69&z=BVerfGE) Rn. [102](https://beck-online.beck.de/?typ=reference&y=300&b=136&s=69&z=BVerfGE&rn=102)). Der Parlamentsvorbehalt schließt ergänzende Regelungen durch Rechtsverordnungen oder formelles Verwaltungshandeln naturgemäß nicht aus, sofern die wesentlichen Entscheidungen in dem formellen Gesetz einschließlich der Ermächtigungsnormen enthalten sind. Rechtsverordnungen können nur dort in ihrer Regelungswirkung über dasjenige, was in einem formellen Gesetz niedergelegt ist, hinausgehen, wenn dies in dem Parlamentsgesetz ausdrücklich geregelt ist.

Dabei stellt der Parlamentsvorbehalt auch Anforderungen an das Zustandekommen des Gesetzes. Es reicht nicht aus, wenn das Parlament formal über eine bestimmte Vorlage beschließt; vielmehr muss das Parlament Gelegenheit gehabt haben, sich in öffentlicher Sitzung mit der Vorlage zu befassen, wobei die Abgeordneten Gelegenheit haben müssen, Änderungsvorschläge einzubringen.

1. Wirkung der Wesentlichkeitstheorie, insbesondere bei Generalermächtigungen

Eng im Zusammenhang mit dem Parlamentsvorbehalt steht der Wesentlichkeitsgrundsatz, der es dem Gesetzgeber gebietet, mit steigender Intensität des Grundrechtseingriffs immer höhere Anforderungen an die Bestimmtheit und Regelungsdichte seiner Normen zu stellen. Das ist insbesondere bei Generalklauseln von Belang, welche dem Normanwender allgemeine Eingriffsbefugnisse in grundrechtlich geschützte Rechtspositionen erlauben. Der Wesentlichkeitsgrundsatz betrifft dabei auch den grundgesetzlichen Föderalismus, da er den Autonomiebereich, innerhalb dessen die kommunale Selbstverwaltung ihren Autonomiebereich ausüben kann, also bestimmte Angelegenheiten aufgrund gesetzlicher Ermächtigung in eigener Verantwortung über Rechtsverordnungen, Satzungen und formelles Verwaltungshandeln selbst zu bestimmen (vgl. Maurer, DÖV 1993, 184, 191). Die Exekutive leitet letztlich ihre Rechtssetzungskompetenz vom Gesetzgeber, also den Parlamenten her, so dass diese ganz besonders durch die Grundsätze der Wesentlichkeitstheorie des BVerfG gebunden ist.

Mangels positivrechtlicher Erfassung des Parlamentsvorbehalts und der Wesentlichkeitstheorie enthält die deutsche Verfassung auch keine ausdrücklich begrenzende Bezugnahme, anhand derer man die Überschreitung der „Wesentlichkeit“ normativ bezeichnen könnte. Man wird sicherlich sagen können, dass die Wesentlichkeit an ihren Rändern einerseits von der Menschenwürdegarantie, Art. 1 Abs. 1 S.1 GG und andererseits von verfassungsrechtlichen Grundprinzipien wie der Wesensgehaltsgarantie, Art. 19 Abs. 2 GG eingegrenzt ist: Je bedeutsamer sich eine bestimmte Rechtsposition für die Verwirklichung der Menschenwürde darstellt und je näher sich eine Einschränkung in Richtung des Kerns der Grundrechte bewegt, desto strengere Anforderungen wird man stellen müssen. Daher kommt es im Einzelfall auf Bedeutung und Reichweite der jeweils betroffenen Grundrechte an.

aa.) Lebensschutz, Art. 2 Abs. 2 S.1 GG

Das BVerfG hat etwa in seinen „Numerus-clausus“-Entscheidungen (BVerfGE 33, 303, 345 f; 45, 393, 399) hinsichtlich des Parlamentsvorbehalts ausgeführt, dass bei einer Regelung, die in den Grundrechtsbereich eingreift „und sich hier als Zuteilung von Lebenschancen auswirken kann“, der Gesetzgeber die grundlegenden Entscheidungen selbst verantworten muss. Diese Anforderungen müssen wegen der Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter und besonderen Intensität der Grundrechtsbetroffenheit (hierzu BVerfGE 98, 218, 252 f; v. Mangoldt/Klein/Starck-Sommerauer, 269 zu Art. 20 GG) a fortiori für die Frage der Organverteilung gelten. Ihre Regelung wirkt sich im Wortsinne als „Zuteilung von Lebenschancen“ aus und besitzt unmittelbare Relevanz für die Patientengrundrechte aus Art. 2 Abs.2 S. 1 GG iVm Art. 1 Abs. GG u. Art. 3 Abs.1 GG, die sich zu einem derivativen Teilhabeanspruch der bedürftigen Patienten an den vorhandenen Transplantationskapazitäten verdichten. Der Gesetzgeber hätte deshalb mindestens über die Art der anzuwendenden Auswahlkriterien und deren Rangverhältnis untereinander sowie über die wesentlichen Grundzüge des Verfahrens zur weiteren Konkretisierung und Operationalisierung dieser Vorgaben selbst und abschließend entscheiden müssen.

Auch muss der parlamentarische Gesetzgeber wegen der besonderen Relevanz des Art. 2 Abs. 2 S.1 GG die Verantwortung für die Freigabe unzureichend getesteter Arzneimittel selbst übernehmen (vgl. WD 3 – 3000 – 080/20).

bb.) Sicherung des Existenzminimums, Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG

Aus dem Sozialstaatsprinzip hat das BVerfG gefolgert, die Sicherung eines menschenwürdigen Existenzminimums müsse durch ein Parlamentsgesetz erfolgen, das einen konkreten Leistungsanspruch des Bürgers gegenüber dem zuständigen Leistungsträger enthält (BVerfGE 125, 175).  Aus dem Gesetz muss sich das „Wesentliche“ ergeben; insbesondere müssen die für die Verwirklichung der Grundrechte wesentlichen Sachverhalte in dem der Satzung vorausgehenden Parlamentsgesetz geregelt sein. Dies folgt nach des BVerfG aus dem Vorbehalt des Gesetzes und der Erkenntnis seiner auch demokratischen Komponente. Danach ist der Gesetzgeber verpflichtet, losgelöst vom Merkmal des „Eingriffs“, in grundlegenden normativen Bereichen, insbes. im Bereich der Grundrechtsausübung und -verwirklichung, soweit diese staatlicher Regelung zugänglich ist, alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen (vgl. etwa BVerfG NJW 1979, [359](https://beck-online.beck.de/?typ=reference&y=300&b=1979&s=359&z=NJW)). Das Gesetz muss die Tätigkeit der Verwaltung inhaltlich normieren, weshalb der Gesetzgeber im Bereich der Grundrechtsausübung die der staatlichen Gestaltung offenliegende Rechtssphäre selbst abgrenzen muss und sie nicht dem Ermessen einer Verwaltungsbehörde überlassen darf (vgl. BVerfG NJW 1966, [1651](https://beck-online.beck.de/?typ=reference&y=300&b=1966&s=1651&z=NJW)). Dem Gesetzgeber ist es dabei nicht verwehrt, Generalklauseln oder unbestimmte Rechtsbegriffe zu verwenden und Spielräume zu eröffnen (BVerfGE 13, [153](https://beck-online.beck.de/?typ=reference&y=300&b=13&s=153&z=BVerfGE), [161](https://beck-online.beck.de/?typ=reference&y=300&b=13&z=BVerfGE&sx=161); BVerfG NJW 1979, [359](https://beck-online.beck.de/?typ=reference&y=300&b=1979&s=359&z=NJW);  Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 26 ff. In Bezug auf die Kontrolldichte von Verwaltungsentscheidungen im Hinblick auf die Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe darf der Gesetzgeber ohne in Konflikt mit Art. 19 Abs. 4 GG geraten, wenn Gerichte unbestimmte Rechtsbegriffe durch gesetzliche Verweise auf bestimmte Verwaltungsvorschriften oder sonstige untergesetzliche Regelwerke vornimmt (BVerfG NVwZ 2011, 1062).

Bei der Frage, welche Bestimmtheitsanforderungen im Einzelnen erfüllt sein müssen, sind die Besonderheiten des jeweiligen Regelungsgegenstandes sowie die Regelungsintensität zu berücksichtigen (BVerfG 19.4.1978 – [2 BvL 2/75](https://beck-online.beck.de/?typ=reference&y=200&d=1978-04-19&az=2BVL275&ge=BVERFG), BVerfGE 48, [210](https://beck-online.beck.de/?typ=reference&y=300&b=48&s=210&z=BVerfGE) [22 f.] = NJW 1978, [2143](https://beck-online.beck.de/?typ=reference&y=300&b=1978&s=2143&z=NJW)). Es muss erkennbar bleiben, nach welchen Grundsätzen und nach welcher Tendenz die nähere Ausgestaltung durch die zur weiteren Rechtsetzung ermächtigten Gemeinden zu erfolgen hat (BVerfG 9.5.1972 – [1 BvR 518/62](https://beck-online.beck.de/?typ=reference&y=200&d=1972-05-09&az=1BVR51862&ge=BVERFG) ua, BVerfGE 33, [125](https://beck-online.beck.de/?typ=reference&y=300&b=33&s=125&z=BVerfGE) [[158](https://beck-online.beck.de/?typ=reference&y=300&b=33&z=BVerfGE&sx=158) ff.] = NJW 1972, [1504](https://beck-online.beck.de/?typ=reference&y=300&b=1972&s=1504&z=NJW)).

cc.) Wesentlichkeitsgrundsatz und Parlamentsvorbehalt in Bezug auf die Freiheit der Person, Art. 2 Abs. 2 S. 2GG; Art. 104 Abs. 2 GG

In Bezug auf die habeas corpus des Grundgesetzes aus Art. 2 Abs. 2 S.2 GG hat der Verfassungsgesetzgeber deutlich stärker Stellung bezogen: Durch Art. 104 Abs. 2 GG und den dort enthaltenen Richtervorbehalt sind die Anforderungen, welche an Freiheitsentziehungen zu stellen sind, klar definiert.

Dabei handelt es sich nach allgemeiner Auffassung um eine Intensivierung des Grundrechtsschutzes des Art. 2 Abs. 2 S.2 GG, der bei der intensivsten Form des Eingriffs in dieses Rechts, der Freiheitsentziehung, sicherstellt, dass dem Prinzip der Gewaltenteilung folgend der Grundrechtsträger nicht ohne judikative Überprüfung durch einseitiges Handeln der Exekutive eingesperrt werden oder vergleichbar in seiner persönlichen Freiheit beschränkt wird (Maunz/Dürig/*Mehde,* Art. 104 GG Rn. 72). Die Norm des Art. 104 Abs. 2 GG regelt dabei keinen selbstständigen Rechtsbehelf, sondern stellt eine absolute Eingriffsschranke auf, über die sich der Gesetzgeber bei Freiheitsentzug in keinem Fall hinwegsetzen darf. Teil des Richtervorbehaltes ist dabei auch, dass durch die Gestaltung des Verfahrens sichergestellt wird, dass der gesetzliche Richter eine eigenständige Entscheidung treffen kann und nicht nur die Entscheidung eines Dritten (etwa die des Gesundheitsamtes) wiederholt, sowie, dass alle am Verfahren beteiligten Träger öffentlicher Gewalt zu einem Vorgehen verpflichtet werden, welches die praktische Wirksamkeit des Richtervorbehaltes gewährleisten (Maunz/Dürig/*Mehde,* Art. 104 GG Rn. 72; BVerfGE 105, [239](https://beck-online.beck.de/?typ=reference&y=300&b=105&s=239&z=BVerfGE), [248](https://beck-online.beck.de/?typ=reference&y=300&b=105&z=BVerfGE&sx=248); BVerfGK 7, [87](https://beck-online.beck.de/?typ=reference&y=300&b=7&s=87&z=BVerfGK), [98](https://beck-online.beck.de/?typ=reference&y=300&b=7&z=BVerfGK&sx=98); 9, [132](https://beck-online.beck.de/?typ=reference&y=300&b=9&s=132&z=BVerfGK), [141](https://beck-online.beck.de/?typ=reference&y=300&b=9&z=BVerfGK&sx=141); 15, [390](https://beck-online.beck.de/?typ=reference&y=300&b=15&s=390&z=BVerfGK), [402](https://beck-online.beck.de/?typ=reference&y=300&b=15&z=BVerfGK&sx=402); 18, [63](https://beck-online.beck.de/?typ=reference&y=300&b=18&s=63&z=BVerfGK), [70](https://beck-online.beck.de/?typ=reference&y=300&b=18&z=BVerfGK&sx=70); BVerfG NStZ-RR 2005, [187](https://beck-online.beck.de/?typ=reference&y=300&b=2005&s=187&z=NStZ-RR), [188](https://beck-online.beck.de/?typ=reference&y=300&b=2005&z=NStZ-RR&sx=188); StV 2006, [420](https://beck-online.beck.de/?typ=reference&y=300&b=2006&s=420&z=StV), [421](https://beck-online.beck.de/?typ=reference&y=300&b=2006&z=StV&sx=421); NVwZ 2007, [1044](https://beck-online.beck.de/?typ=reference&y=300&b=2007&s=1044&z=NVwZ), [1045](https://beck-online.beck.de/?typ=reference&y=300&b=2007&z=NVwZ&sx=1045); NVwZ 2008, [304](https://beck-online.beck.de/?typ=reference&y=300&b=2008&s=304&z=NVwZ), [305](https://beck-online.beck.de/?typ=reference&y=300&b=2008&z=NVwZ&sx=305); NJW 2010, [670](https://beck-online.beck.de/?typ=reference&y=300&b=2010&s=670&z=NJW), [671](https://beck-online.beck.de/?typ=reference&y=300&b=2010&z=NJW&sx=671); NVwZ 2011, [38](https://beck-online.beck.de/?typ=reference&y=300&b=2011&s=38&z=NVwZ); InfAuslR 2012, [186](https://beck-online.beck.de/?typ=reference&y=300&b=2012&s=186&z=InfAuslR), [187](https://beck-online.beck.de/?typ=reference&y=300&b=2012&z=InfAuslR&sx=187); BVerfG NJW 2018, [2619](https://beck-online.beck.de/?typ=reference&y=300&b=2018&s=2619&z=NJW), [2625](https://beck-online.beck.de/?typ=reference&y=300&b=2018&z=NJW&sx=2625)). Wenn Maßnahmen sich also als freiheitsentziehende Maßnahme darstellen, dann gibt die Verfassung das Prozedere vor. Die Wesentlichkeitsschwelle ist daher verfassungsimmanent aufgestellt, so dass man zweifelsfrei zu dem Ergebnis kommen muss: Das Verfahren, in dessen Rahmen die Freiheitsentziehung durch ein Gericht angeordnet wird, ist wesentlich und muss daher durch förmliches Parlamentsgesetz geregelt sein.

Die Anforderung des Art. 104 Abs. 2 GG ist nur dann erfüllt, wenn die richterliche Überprüfung vorbehaltslos in einem obligatorischen Verfahren geregelt ist, ohne dass der Betroffene dieses durch Eigeninitiative beantragen oder sonst herbeiführen muss (BVerfG NVwZ 2017, 1198, 1200). Wegen des Verfassungsrangs des Art. 104 Abs. 2 GG kann der Betroffene weder auf die richterliche Überprüfung verzichten noch durch fehlende Mitwirkung das Verfahren verhindern; es ist von Amts wegen durchzuführen. Das Verfahren muss gemäß der Rechtsprechung des BVerfG so ausgestaltet sein, „daß nicht die Gefahr einer Entwertung der materiellen Grundrechtsposition [Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG, Anm. d. U.] besteht.“ (BVerfG NVwZ 2017, 1198, 1200). Unbeachtlich ist dabei die Intensität der Freiheitsentziehung, die Kürze ihrer Dauer oder ihre Bedeutung für die Rechte des Grundrechtsträgers, entscheidend ist nur, dass die Maßnahme den Grad einer Freiheitsentziehung im Sinne des Art. 104 GG erlangt (BVerfG BeckRS 2008, [35235](https://beck-online.beck.de/?typ=reference&y=300&b=2008&n=35235&z=BeckRS)). Der Art. 104 Abs. 2 GG gibt dem Gesetzgeber zwar keine Vorgaben an, wie er dieses Verfahren zu gestalten hat, es muss aber im Ergebnis sicherstellen, dass ein Richter die Verantwortung für diese Entscheidung übernimmt (BVerfG NVwZ 2017, 1198, 1200).

Die Systematik des Art. 104 Abs. 2 GG geht dabei davon aus, dass der Richtervorbehalt grundsätzlich – schon dem Wortlaut nach – VORbehaltlich, also vor der Anordnung des Freiheitsentzuges erfolgt, lässt aber die Möglichkeit einer nachträglichen (ebenfalls obligatorischen) Überprüfung offen. Aus diesem lexikalischen Verhältnis ergibt sich bereits, dass die richterliche ungeprüfte Freiheitsentziehung durch die Exekutive die Ausnahme darstellen muss und auch stets einer besonderen Rechtfertigung bedarf und zudem ausschließlich vorläufigen Charakter haben darf. Zwar wird in der Rechtspraxis dieses Kriterium deutlich aufgeweicht, jedoch ist bei „geplanter“ Freiheitsentziehung stets eine vorherige richterliche Entscheidung herbeizuführen (BVerfG NVwZ 2009, 1033, 1035).

Art. 104 GG trifft dabei zugleich Maßgaben über die Ausgestaltung der Justizorganisation. Das Verfahren muss dabei so ausgestaltet sein, dass das Gericht seine Aufgaben effektiv wahrnehmen kann (BVerfGK 7, 87, 98); sofern diese Vorgaben fehlen, muss diese Organisation durch analoge Anwendung vergleichbarer Verfahrensnormen hergestellt werden (BVerfG NStZ-RR 2005, 187, 188). Besondere Eilbedürftigkeit kann bei der Ausgestaltung des Verfahrens Beachtung finden, „darf aber die unabhängig, auf Grund der Justizförmigkeit des Verfahrens besonders verlässliche Entscheidungsfindung nicht gefährden.“ (BVerfGE 83, 24, 33; BVerfG NVwZ 2008, 304, 305).

Allerdings lässt dies auch abseits freiheitsentziehender Maßnahmen evidente Rückschlüsse auf die Frage der Wesentlichkeit bei bloß freiheitsbeschränkenden Maßnahmen. Je mehr sich nach Ausgestaltung und Zweckrichtung sich die Freiheitsbeschränkung als faktischer Freiheitsentzug darstellt, desto mehr wird man – auch ohne die Wirkung des Art. 104 Abs. 2 GG auszulösen – von der Notwendigkeit einer eindeutigen Regelung durch ein Parlamentsgesetz verlangen müssen.

Auf sachlicher Ebene soll es daher nach Ansicht des BVerfG zunächst nach der Zweckrichtung zu fragen, also aus welchem Grund die Freiheitsentziehung erfolgt (BVerfG NVwZ 2011, 743, 746). Keine Freiheitsentziehung im Sinne der Norm soll demnach vorliegen, wenn sich der Freiheitsentzug nur als Begleiterscheinung der Durchsetzung administrativer Maßnahmen darstellt. Darunter fallen etwa die Anwesenheitspflicht des Zeugen vor Gericht zur Aussage oder die des Schülers im Klassenraum aufgrund der Schulpflicht (Maunz/Dürig/*Mehde,* Art. 104 GG Rn. 62), oder der notwendige Aufenthalt in einem Polizeieinsatzwagen zur Durchsetzung von Platzverweisen. Es ist dabei aber stehts zu berücksichtigen, dass insbesondere mit zunehmender Dauer auch eine solche Reflexwirkung in eine Freiheitsentziehung im Sinne des Art. 104 GG umschlagen kann und man wegen der Relevanz der Freiheit der Person und der Absolutheit des Richtervorbehaltes die Gefahr der Umgehung des Art. 104 GG ausschalten muss. Möchte man das Ansinnen des parlamentarischen Rates, die Freiheit der Person umfassend zu schützen (vgl. Hartlaub, Theorie und Praxis der Freiheitsentziehung nach Strafverfahrens- und Polizeirecht, 100f), ernst nehmen, so wird man letztlich primär auf den Erfolg der Freiheitsentziehung (räumliche Beschränkung der Bewegungsfreiheit) abstellen müssen und nicht auf die Motivlage der handelnden Behörde (Maunz/Dürig/*Mehde,* Art. 104 GG Rn. 63 S. 39, Fn. 9 mit zahlreichen Nachweisen). Es macht in der Tat für denjenigen, der eingesperrt wird, herzlich wenig unterschied, ob er nun aufgrund strafprozessualer, polizeirechtlicher oder sonstiger Überlegungen nicht mehr hingehen kann, wo er will.

Räumlich liegt eine Freiheitsentziehung vor, wenn die körperliche Bewegungsfreiheit auf einen eng begrenzten Raum beschränkt wird (BVerfGE 94, 166, 198). Wird innerhalb des schon begrenzten Raumes die Bewegungsfreiheit weiter maßgeblich eingeschränkt oder ganz aufgehoben, liegt ebenfalls eine (weitere) Freiheitsentziehung im Sinne der Norm vor (BVerG NJW 2018, 2619, 2621).

Zeitlich liegt eine Freiheitsentziehung vor, wenn die Bewegungsfreiheit mehr als nur kurzfristig aufgehoben wird. Das BVerfG sieht dabei bereits die Ingewahrsamnahme von mehreren Stunden Dauer als nicht mehr kurzfristig an (BVerfG NVwZ 2011, 743, 746). Das ist schon deswegen zutreffend, weil der Richtervorbehalt des Art. 104 Abs. 2 GG dem Umstand Rechnung trägt, dass in den meisten Fällen der Freiheitsentziehung deren exakte Dauer nicht vorhersehbar ist, auch dann nicht, wenn diese zum Zeitpunkt ihrer Anordnung zunächst befristet ist.

Da es im Ergebnis auf den Erfolg des Freiheitsentzuges ankommt, ist es beim Mittel des Freiheitsentzuges unbeachtlich, ob die Bewegungsfreiheit aufgehoben oder auf einen engen Raum faktisch, also physisch begrenzt wird, oder auf sonstige Weise herbeigeführt wird. Insbesondere ist psychischer Zwang ausreichend, wenn dieser etwa durch Androhung bestimmter Sanktionen erreicht wird, ebenso das Einkesseln von Personen durch einen Polizeikorridor (VG Berlin NVwZ-RR 1990, [188](https://beck-online.beck.de/?typ=reference&y=300&b=1990&s=188&z=NVwZ-RR)). Unbeachtlich ist insoweit, ob die Freiheitsentziehung präventiven, repressiven oder sogar selbstschützenden Charakter hat; so ist die Unterbringung in einem psychischen Krankenhaus nach den PsychKG der Länder zweifelsfrei als Freiheitsentzug zu sehen (BVerfG BeckRS 2013, [53](https://beck-online.beck.de/?typ=reference&y=300&b=2013&n=53&z=BeckRS) 752). Es kommt insofern darauf an, ob der Freiheitsentzug sich dem Niveau einer Haft angleicht und es sich im Vergleich dazu nicht um ein geringeres, sondern schlicht ein anderes Übel handelt (so zur Sicherungsverwahrung BVerfG BeckRS 2013, [53](https://beck-online.beck.de/?typ=reference&y=300&b=2013&n=53&z=BeckRS) 752). Auch bei Freiheitsentzug, der zur Durchsetzung anderer Zwecke, etwa der Abschiebung, dient, handelt es sich zweifelsohne um einen solchen im Sinne des Art. 104 GG (BVerfGE 104, [220](https://beck-online.beck.de/?typ=reference&y=300&b=104&s=220&z=BVerfGE), [235](https://beck-online.beck.de/?typ=reference&y=300&b=104&z=BVerfGE&sx=235) f.). Ingewahrsamnahmen aufgrund von Prävention sind ebenfalls unzweifelhaft erfasst, die zudem auch noch besonders strengen Verhältnismäßigkeitserwägungen unterliegen (BVerfG NVwZ 2016, [1079](https://beck-online.beck.de/?typ=reference&y=300&b=2016&s=1079&z=NVwZ)).

dd.) Berufsfreiheit, Art. 12 GG

Bei der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG wird man zunächst die vom BVerfG entwickelte Stufentheorie heranziehen können: Je höher die Stufe – Berufsausübungsregelung, subjektive Berufswahl, objektive Berufswahl (Berufsverbot) -, desto eher ist die Materie als wesentlich anzusehen. Man wird wohl nicht umhinkommen festzustellen, dass die schwerste Stufe, nämlich das objektive Berufsverbot, nicht ohne dem Wesentlichkeitsgrundsatz entsprechendes Parlamentsgesetz wird auskommen können.

So hat etwa der Wissenschaftliche Dienst des Bundestages zum Verbot der gesetzlichen Sterbehilfe überzeugend ausgeführt, diese greife letztlich in die Gewissens- und Berufsfreiheit des Arztes ein (und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten) und da der Suizid selbst nicht unter Strafe stehe, komme auch das Verbot einer Beteiligung durch Beihilfe nicht ohne ausdrückliches Parlamentsgesetz in Betracht (Ausarbeitung WD 3 – 3000 215/14, S.9). Es überzeug ebenso darauf hinzuweisen, wenn der Gesetzgeber die Materie bereits anderweitig geregelt hatte bzw. sich letztlich – aus welchem Grund auch immer – gegen eine gesetzliche Regelung entschieden habe. Wenn der Gesetzgeber also insb. im Rahmen der Berufsfreiheit bewusst keine Regelungen treffe, dann besteht auch keine Lücke, die man ohne Verstoß gegen den Vorbehalt des Gesetzes etwa durch berufsrechtliche Regelungen (in diesem Fall: Satzungs- oder Normgebung der Ärztekammern) schließen könne (a.a.O.).

Weiterer maßgeblicher Bereich dessen, was in die zwingende parlamentarische Regelungshoheit fällt, ist das Hochschul- und Bildungsrecht. Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist der Gesetzgeber verpflichtet, im Hochschulbereich wesentliche, für die Grundrechtsverwirklichung maßgebliche Regelungen selbst zu treffen (BVerfGE 136, 338, 362; 130, 148). Maßgeblich sind z.B. die Regeln über die Abnahme von bestimmten, besonders qualifizierenden Prüfungen (Abitur, Diplom, Staatsexamen, usw.), sowie teilweise auch die Entziehung akademischer Würden (massiv angedeutet in BVerfG v. 25.5.2020, 1 BvR 2103/17).

1. Notwendigkeit eines förmlichen Parlamentsgesetzes; (teilweise) Rechts- und Verfassungswidrigkeit der Allgemeinverfügung, der materiellen Rechtsgrundlage (7. BayIfSMV) und insofern den Normen des IfSG

Überträgt man diese Erkenntnisse nun auf den vorliegenden Fall, so stellt sich die Allgemeinverfügung in Bezug auf die angegriffenen Punkte gleich in mehrerlei Hinsicht als rechts- bzw. verfassungswidrig dar, weil gegen höherrangiges Recht verstoßen wird.

Die streitgegenständliche Allgemeinverfügung enthält dabei zunächst unbestreitbar eine Vielzahl von Regelungen, welche massivste Einschnitte in die Grundrechte der Adressaten und damit auch in die des Klägers beinhalten:

* Verbot des Verlassens der eigenen Wohnung ohne triftigen Grund; Übertragung der Legitimationslast für die Ausübung seiner Grundrechte auf den Grundrechtsträger
* Betriebsuntersagung für alle Geschäfte, die nicht zur Verrichtung des täglichen Lebens gehören und damit objektives Berufsausübungsverbot
* Betriebsuntersagung für alle Gastronomiebetriebe und damit objektives Berufsausübungsverbot;
* Betriebsuntersagung für Hotels und Beherrberungsbetriebe für Hotels, die nicht nur Geschäftsreisende aufnehmen und daher ein objektives Berufsausübungsverbot
* Betretungsverbote für Krankenhäuser usw. und damit eine Freiheitsbeschränkung, sowie ein potenzieller Eingriff in die grundrechtlich geschützte Familie und ein potenzieller Eingriff in die körperliche Unversehrtheit
* Maskenpflicht unter freiem Himmel in bestimmten Gebieten, unabhängig von der Möglichkeit des Einhaltens von Abstandsregeln

Damit überschreitet der Beklagte hier in ganz wesentlichen Teilen seine Befugnisse als Teil der Exekutive und verletzt die betroffenen Grundrechte des Klägers hier wegen Missachtung des Parlamentsvorbehalts und des Wesentlichkeitsgrundsatzes.

aa.) Wertung des § 5 IfSG für die Wesentlichkeit im Infektionsschutzrecht allgemein

Vor dem Hintergrund des Parlamentsvorbehalts und des Wesentlichkeitsgrundsatzes ist es nämlich nicht mehr mit dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip vereinbar, wenn der Beklagte hier auf Verordnungs- und Verwaltungsaktsebene derart schwerwiegend in Grundrechte eingreift.

Der Gesetzeber weist nämlich in § 5 Abs. 5 IfSG selbst darauf hin, dass es bei Maßnahmen nach dem IfSG um schwerwiegende Grundrechtseingriffe geht. Das Gesundheitsrecht und seine hohe Relevanz sowohl für die Volksgesundheit als auch die Gesundheit des Einzelnen und das Funktionieren des Gesundheitssystems sind daher schon fast selbstverständlich Materien, deren Regelung dem parlamentarischen Gesetzgeber obliegen.

Wenn nun aber in § 5 Abs. 2 IfSG das Gesundheitsministerium einseitig über eine Notverordnung in diesem höchst grundrechtsrelevanten Bereich unter Übergehung des Parlaments förmliche Gesetze ändern kann, so ist das ein durch nichts mehr gerechtfertigter Verstoß gegen den Vorbehalt des Gesetzes, den Parlamentsvorbehalt und den Wesentlichkeitsgrundsatz (Kießling/Hollo, IfsG § 5 Rn. 29; Ritgen, LK 2020, 137, 140; Kingreen, Ausschussdrs. 19(13)160(27), S.4). Diese verfassungsrechtlichen Prinzipien verbieten gerade eine Ausgestaltung, in der Grundrechtseinschränkungen fallweise in das Belieben von Exekutivorganen gestellt wird (BVerfGE 61, 260, 275).

Von diesen Prinzipien kann und darf auch in einer Pandemie nicht abgewichen werden. Das Grundgesetz steht nicht unter einem ungeschriebenen Corona-Vorbehalt. Wenn der Rechtsstaat gerade dann, wenn er sich zu bewähren hat, seine bisher aufgestellten Regelungen in Rekordzeit über Bord wirft, dann schafft er damit seine eigene Grundlage ab. Dann erweist er sich nicht als Institution, auf die der Bürger in Notzeiten vertrauen kann, sondern als Schönwetter-Rechtsstaat, der in „guten Zeiten“ seine Bürger mit Beschränkungen, Steuern und Abgaben unter Berufung auf sein Dasein als Verfassungsstaat gängelt, in „schlechten Zeiten“ jedoch von dem zuvor beharrlichen Pochen auf das Einhalten rechtsstaatlicher Regeln für jedermann auf einmal nichts mehr wissen möchte.

bb.) Parlamentsvorbehalt als Delegationssperre; Abschließende Regelungen bei der Störerauswahl durch die §§ 29ff IfSG

Der Wertung des IfSG ist also zu dem Willen des historischen Gesetzgebers nach bereits eine hohe Bindung an die Anforderungen förmlicher Gesetzgebung zu entnehmen. Der Gesetzgeber war sich dessen explizit bewusst, dass Maßnahmen massiv in Grundrechte eingreifen können.

Vor diesem Hintergrund müssen daher auch die Standardmaßnahmen der §§ 29ff IfSG und ihren Wertungen betrachtet werden. In der Systematik des IfSG sind diese Normen als Schutzmaßnahmen Teil der Infektionsrepression, da Voraussetzung die Feststellungen im Sinne des § 28 IfSG voraussetzt.

Denn diese Normen sind bereits Ausdruck des gesetzgeberischen Bewusstseins der erheblichen Grundrechtsrelevanz infektionsschutzrechtlicher Eingriffe. Die Maßnahmen der §§ 29ff IfSG enthalten nach den obgenannten Ausführungen in der Tat Maßnahmen, die ohne jeden Zweifel die Hürde zur Wesentlichkeit nehmen und daher eines förmlichen Gesetzes bedürfen: Ständige Beobachtung und Duldung bestimmter Untersuchungen (§ 29), Quarantäne und Absonderung (§ 30), und Berufsverbot (§ 31) betreffen Grundrechte in der Nähe ihres Wesensgehaltes, was sich im Bereich von § 30 durch Wahrung des Richtervorbehalts (§ 30 Abs. 2 S. 4 IfSG i.V.m. §§ 415 ff FamFG) manifestiert, bei § 31 IfSG durch eine Regelung der höchsten Stufe im Sinne des Art. 12 GG. Der Staat verlangt dem Adressaten einer Maßnahme ab, sich unter vollständige Beobachtung zu stellen, sich einsperren zu lassen oder seinen Beruf teilweise aufzugeben im Namen des Infektionsschutzes.

Deswegen wirkt der Parlamentsvorbehalt hier auch als Delegationssperre in Bezug auf Rechtsverordnungen im Sinne des § 32 IfSG und darauf fußenden Verwaltungsakten. Maßgeblich ist hier, dass gem. § 28 IfSG als Adressaten nur die bezeichneten Störer in Betracht kommen (nämlich Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige und Ausscheider, die festgestellt wurden; ein bloßer „Verdacht eines Ansteckungsverdachtes“, wie er in § 25 IfSG ausreichend ist, genügt hier nicht mehr) und eine subsidiäre Nichtstörerbeanspruchung schon gar nicht vorgesehen ist und daher auch nicht an den Verordnungsgeber ohne förmliches Gesetz weiterdelegiert werden kann. Das ergibt sich für die Berufsfreiheit zweifelsohne schon aus der Systematik: § 31 IfSG erlaubt der Behörde lediglich das Berufsverbot gegenüber Kranken, Krankheitsverdächtigen und Ansteckungsverdächtigen auszusprechen. Nur diesen gewährt § 56 Abs. 1 S.1 IfSG einen Entschädigungsanspruch. Diese Regelung hat der Gesetzgeber bewusst so getroffen, da ihm bewusst war, er könne objektive Berufsverbote nur auf Grundlage eines formellen Gesetzes aussprechen. Seine Adressatenauswahl hat er insofern gerade vor dem Hintergrund des Parlamentsvorbehalts, des Vorbehalts des Gesetzes und der Wesentlichkeitstheorie insofern abschließend bezeichnet. Ansonsten würde man dem Gesetzgeber unterstellen, er wolle vorsätzlich gegen diese Prinzipien verstoßen und zudem willkürlich handeln, da der Zustands- oder Verhaltensstörer im Sinne der §§ 28ff IfSG gemäß § 56 IfSG seine Schäden ersetzt bekommen kann, der Nichtstörer, der aus purer Infektionsprävention sein Geschäft schließen muss und daher im Sinne des Gefahrenabwehrrechts weniger für die Störung verantwortlich zeichnet, könne jedoch keinerlei Ersatz verlangen. Einen derartigen Regelungsgehalt müsste der Gesetzgeber gleichsam formalgesetzlich regeln, er kann ihn nicht an den Verordnungsgeber weiterdelegieren.

cc.) Notwendigkeit parlamentarischer Gesetzgebung mit zunehmendem Verlauf der sog. Coronapandemie

Inzwischen kann sich der Beklagte hier auch nicht mehr darauf zurückziehen, aufgrund der akuten Bedrohungslage seien wesentliche Grundrechtseingriffe auch über Generalklauseln, Verordnungen und Allgemeinverfügungen wegen erheblicher Unsicherheiten und Gefahrenprognosen hinzunehmen. Dies entsprach aber wesentlich der Begründung in der Rechtsprechung, warum im Frühjahr 2020 schwerwiegende Grundrechtseingriffe durch Exekutivhandeln hinzunehmen seien (etwa OVG Magdeburg, Beschl. v. 20.5.2020, 3 R 86/20; OVG Bremen, Beschl. v. 9.4.2020, 1 B 97/20).

Der Verfassungsstaat befindet sich an einem Punkt, an dem de facto die gesamte Rechtswirklichkeit allein durch Exekutivhandeln bestimmt wird, weil Rechtsverordnungen und Allgemeinverfügungen jeden Aspekt des öffentlichen und privaten Lebens bestimmen.

Mag man das noch entsprechend den obgenannten Ausführungen des Prof. Dr. Lepsius am Anfang des Jahres noch für eine kurze Zeit hinnehmbar erachtet haben, so kann davon nunmehr keine Rede sein. Entsprechend der Ausführungen des Prof. Dr. Lepsius wird man im Gegenteil sagen können und müssen, dass der Gesetzgeber in geradezu sträflicher Gleichgültigkeit sehenden Auges den gesamten Sommer über untätig geblieben ist, während er gleichsam die zweite Welle geradezu herbeigeredet hat, siehe etwa für den Beklagten der Ministerpräsident Söder:

<https://www.welt.de/politik/deutschland/article214255322/Corona-Zweite-Welle-ist-da-Markus-Soeder-warnt-vor-Sprungpunkt.html>

<https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/markus-soeder-zu-corona-die-zweite-welle-ist-schon-da-16886527.html>

<https://www.rnd.de/politik/markus-soder-uber-zweite-corona-welle-geisterspiele-und-kanzlerfrage-NC7NDGCXH5BE5MAKJ27EZR2XZU.html>

<https://www.merkur.de/politik/coronavirus-deutschland-markus-soeder-csu-zweite-welle-lockerungen-rueckkehrer-bussgelder-zr-90016432.html>

<https://www.rtl.de/cms/csu-chef-markus-soeder-zweite-welle-schleicht-durch-deutschland-4588570.html>

Anstatt nun aber die Landesparlamente oder den Bundestag zu bemühen, hat sich die Bundeskanzlerin in offenbar Kreation neuer Verfassungsorgane weiterhin lediglich mit Vertretern der Exekutive getroffen und die Parlamente daher bewusst weiterhin umgangen:

<https://www.tagesschau.de/inland/interview-merkels-krisenmanagement-101.html>

<https://www.rnd.de/politik/corona-aktuell-merkel-live-ab-14-uhr-zur-situation-in-deutschen-grossstadten-SI3WG5FCK5F4XEL3A67KZJAPW4.html>

Das Grundgesetz kennt als gesetzgebendes Organ weder ein Treffen der Ministerpräsidenten mit der Bundeskanzlerin noch ein Treffen von Bürgermeistern der größten Städte mit derselben. Wenn die Regierung unter bewusster Ausschaltung und Entmachtung der Parlamente aufgrund einer offenbar geltenden Lex Corona die Möglichkeit der Verwirklichung des Vorbehaltes des Gesetzes und des Parlamentsvorbehalts eine gesetzgeberische Lösung verhindert, dann kann sie sich auch nicht mehr darauf berufen, es sei weiterhin aufgrund der unklaren Lage jeder noch so schwerwiegende Grundrechtseingriff durch Exekutivhandeln mangels Unmöglichkeit parlamentarischer Befassung gerechtfertigt.

Es kann und darf hier nicht zulasten des Grundrechtsträgers gehen, wenn der Grundrechtsverpflichtete seinen verfassungsmäßigen Pflichten nicht mehr entspricht. Entsprechend der Stellungnahme des WDB zur Verantwortung für das Inverkehrbringen nicht hinreichend getesteter Medikamente sind etwaige Coronainfektionen, die nunmehr aus der Aufhebung der Maßnahmen wegen Verstoß gegen das Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip eintreten, von Verfassungswegen hinzunehmen und von Regierung und Parlamenten zu verantworten. Diese Verantwortung auf die Bevölkerung abzuwälzen würde bedeuten, dass die Garantie der Grundrechte und deren Verwirklichung nicht mehr beim Staat als Grundrechtsverpflichteten liegt, sondern bei den Grundrechtsträgern und damit eine vollkommene Verkehr der Rechtsstaatsgarantie.

Auch hier kann auf die Ausführungen des WDB zur Frage der Sterbehilfe Bezug genommen werden: Der Gesetzgeber schweigt hier offenbar bewusst, soweit es um Regelungen geht, die über dasjenige, was im IfSG geregelt ist, hinausgeht. Die Gründe dafür sind irrelevant, da auch eine (noch nicht einmal begonnene) parlamentarische oder gesellschaftliche Diskussion über den Infektionsschutz nicht dazu führen kann, dass nun bis zu einer vollkommen ungewissen parlamentarischen Lösung weiterhin jeder noch so schwere Grundrechtseingriff auf Ebene von Exekutivhandeln ohne formalgesetzliche Grundlage vorzunehmen ist. Denn dies würde zu einer faktisch unbeschränkten Entmachtung der Parlamente führen und wenn die deutsche Geschichte kann wahrlich genügend Evidenz dafür beibringen, dass ein derartiges Ermächtigungsgesetz verbunden mit der vollständigen Entmachtung der Parlamente ohne gewaltige Tragödie nicht mehr enden wird.

Es bleibt also zunächst festzuhalten, dass der historische Gesetzgeber der Delegation durch bewusstes Bekenntnis zur Wesentlichkeitstheorie und der Notwendigkeit formeller Parlamentsgesetzgebung im Infektionsschutz die Möglichkeit der Verschärfung von Maßnahmen durch Exekutivhandeln (Rechtsverordnung, formelles Verwaltungshandeln) enge Grenzen gesetzt hat. Der Beklagte kann sich hier auch wegen der bewussten Untätigkeit des Gesetzgebers nicht mehr darauf berufen in seinen schwerwiegendsten Grundrechtseingriffen durch Exekutivhandeln befugt zu sein.

Unter diesem Aspekt sind daher nun die auslegungsbedürftigen Rechtsbegriffe zu betrachten, welche sowohl die Allgemeinverfügung als auch die zugrundeliegenden Regelungen der 7. BayIfSMV und auch des IfSG beinhalten. Denn diese sind im Ergebnis und vor diesem verfassungsrechtlichen Hintergrund nicht mehr bestimmt genug. Zudem gehen die Verordnung und die Allgemeinverfügung in rechts- und verfassungswidriger Weise über den Regelungsgehalt des IfSG hinaus, ohne dafür noch durch irgendeine Form von „Eilbedürftigkeit“ gerechtfertigt zu sein.

So sehen es glücklicherweise auch zunehmend mehr Juristen an deutschen Gerichten, etwa der Präsident des Verfassungsgerichtshofs Rheinland-Pfalz, Lars Brocker ([https://www.rheinpfalz.de/lokal/pfalz-ticker\_artikel,-pr%C3%A4sident-des-verfassungsgerichtshofs-bundestag-muss-basis-f%C3%BCr-corona-regeln-schaffen-\_arid,5122134.html](https://www.rheinpfalz.de/lokal/pfalz-ticker_artikel%2C-pr%C3%A4sident-des-verfassungsgerichtshofs-bundestag-muss-basis-f%C3%BCr-corona-regeln-schaffen-_arid%2C5122134.html)):

*„Seit Monaten formulieren Verwaltungsgerichte bundesweit in ihren Beschlüssen Bedenken gegenüber dem bislang weitgehend exekutiven Regelungsregime der Corona-Verordnungen“, sagte der oberste Richter des Landes. „Diese deutlichen Warnhinweise werden noch nicht hinreichend wahrgenommen.“ Verwaltungsgerichte könnten einzelne Vorschriften in den Corona-Rechtsverordnungen womöglich „von einem Tag auf den anderen kassieren“, weil sie gegen den Parlamentsvorbehalt und damit gegen die Verfassung verstießen, sagte der oberste Richter des Landes der „Rhein-Zeitung“.*

*„Das vom parlamentarischen Gesetzgeber abgekoppelte Sonderrechtsregime von Corona-Verordnungen gerät zunehmend in Konflikt mit den rechtsstaatlichen Vorgaben der Verfassung“, betonte Brocker. „Nicht weil die Maßnahmen per se zu weitgehend wären, sondern weil weiterhin allein die Exekutive handelt.“*

*„Die Corona-Krise ist aber weder allein die Stunde der Exekutive noch der sie kontrollierenden Judikative: Alle drei Staatsgewalten müssen ihren Beitrag leisten und deshalb dringend als zentrales Staatsorgan auch der Deutsche Bundestag“, erläuterte der Jurist. Die Landesparlamente könnten diese verfassungsrechtliche Lücke entgegen anderslautenden Vorschlägen nicht alleine schließen.*

*Der Deutsche Bundestag sollte die Warnhinweise der Verwaltungsgerichte als Handlungsaufforderung begreifen, gesetzgeberisch tätig zu werden und so die Verordnungen als dringend notwendiges Instrument zur Bekämpfung der Pandemie verfassungsrechtlich abzusichern, forderte Brocker. „Dies ist aus grundrechtlicher Sicht gerade jetzt angesichts bevorstehender Verschärfungen von Schutzmaßnahmen dringend geboten.“*

1. Verstoß gegen § 28 IfSG; Unvereinbarkeit einer totalen Ausgangssperre mit dem Ortsbegriff des § 28 IfSG

Die Ziffer 1.(2),(3) verstoßen gegen § 28 IfSG, da eine totale Ausgangssperre jedenfalls vor dem geschilderten Hintergrund des Parlamentsvorbehalts und der Wesentlichkeitstheorie in Anbetracht der Untätigkeit des Gesetzgebers nicht mehr mit dem Ortsbegriff des § 28 Abs. 1 IfSG vereinbar ist und die Norm zudem aufgrund der Bußgeldbewährung der Ziffer 7. i.V.m. § 73 Abs. 1a Nr. 6 IfSG nicht mehr hinreichend bestimmt ist im Sinne des in Art. 103 Abs. 2 GG festgelegten strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes *nulla poene sine lege certa.*

Die Allgemeinverfügung regelt insofern, dass alle Adressaten, also Bewohner des Landkreises, ihre Wohnung nur mit triftigem Grund verlassen dürfen und zählt in der Form von Regelbeispiele nicht abschließende triftige Gründe auf.

Der Beklagte stützt sich ausweislich der Begründung auf die allgemeine Vorschrift des § 28 Abs. 1 IfSG. Als allgemeine Gefahrenabwehrnorm der Schutzmaßnahmen erlaubt die Norm u.A. es Personen zu ge- oder verbieten, einen Bestimmten Ort zu verlassen.

Trotz der Änderung des IfSG in seiner Fassung ab März 2020 und einem Wunsch des Gesetzgebers nach Regelungsklarheit (vgl. BT-Drs. 19/18111, 25) und des Streichens der Bedingung der Beendigung von Schutzmaßnahmen, ist der Ortsbegriff und die Regelungswirkung des § 28 Abs. 1 IfSG weitestgehend unverändert geblieben (Kießling, IfSG, § 28 Rn. 29).

Orte sind – in Abgrenzung zu den Einrichtungen im Sinne des § 30 IfSG – räumlich begrenzte Gebiete, an denen Menschen nur vorübergehend verweilen. Trotz Streichung der Bedingung der Schutzmaßnahmendurchführung kann nur so eine sinnvolle Trennung zwischen Betretungsge- und Verboten einerseits und der Absonderung andererseits vorgenommen werden. Ausgangs-, Beschränkungs- und Kontaktverbote, sind daher als langfristige, Schutzmaßnahmen nicht vorbereitende Maßnahmen nicht von § 28 IfSG erfasst (Rixen, NJW 2020, 1097, 1099). Ein Betretungsverbot kann also etwa für den Besucher eines Krankenhauses oder Altenpflegeheims grundsätzlich nach § 28 IfSG als Schutzmaßnahme gegen Personen ausgesprochen werden, die dort nicht (wenigstens über einen gewissen Zeitraum) wohnhaft oder untergebracht sind, nicht jedoch gegen die Personen, die sich dort gewöhnlich aufhalten. Das ist allein Materie des § 30 IfSG.

Der Regelungsgehalt der Ziffer 1.(2),(3) der Verfügung kommt dabei einem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt gleich und wirkt damit de facto als Ausgangssperre. Die Allgemeinverfügung benennt als Ermächtigungsgrundlage die Norm des § 28 Abs. 1 IfSG, welche, wie gezeigt, weder dem Wortlaut noch der Systematik nach, eine entsprechende Ausgangssperre unter dem Aspekt des „Ortes“ erlaubt. Dem steht jedenfalls unter den bezeichneten Aspekten des Parlamentsvorbehaltes die Entscheidung des VGH München, Beschl. v. 30.30.2020 – 20 NE 20.632, nicht entgegen, weil diese zum unmittelbaren Zeitpunkt der „ersten Welle“ ergangen ist und heute sowohl aus verfassungsrechtlicher Sicht als auch aus Perspektive der Faktenlage eine vollkommen andere Situation besteht (wie bezeichnet Prof. Dr. Lepsius a.a.O.; zu der Faktenlage sogleich unten 3.). Die Entscheidung ist im historischen Kontext des „ersten Lockdowns“ zu sehen und kann nun mehr so keine Geltung mehr beanspruchen, da an die Auslegung, wie bezeichnet, heute andere Maßstäbe anzulegen sind. Zudem ist hier zu berücksichtigen, dass es bei der Entscheidung des VGH um eine Rechtsverordnung ging, nicht um eine Allgemeinverfügung. An formelles Verwaltungshandeln ist grundsätzlich ein höheres Maß an Bestimmtheit anzulegen (Art. 37 BayVwVfG) und im vorliegenden Fall muss sich die Bestimmtheit am Maßstab des besonderen strafrechtlichen Bestimmtheitsgebots aus Art. 103 Abs. 2 GG bemessen lassen, da Verstöße gegen die Allgemeinverfügung gem. Ziffer 7. bußgeldbewährt sind, ein Verstoß also ein Ordnungswidrigkeitenverfahren nach sich zieht und Geldbußen zu den Strafen im Sinne des Art. 103 Abs. 2 GG zählen (BVerfG Beschl. v. 11.2.1976 – 2 BvL 2/73).

1. Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG

Die Allgemeinverfügung verstößt auch wegen ihrer Unbestimmtheit in Form der Erlaubnisregelbeispiele der Ziffer 1.(3). gegen das besondere strafrechtliche Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG.

Art. 103 Abs. 2GG postuliert, dass Sanktionsnormen mit Strafcharakter hinreichend bestimmt sein müssen: Der Bürger muss anhand der Formulierung in der Lage sein, in ausreichendem Maße verbotenes Handeln von nicht verbotenem Handeln unterscheiden zu können. Die Voraussetzungen von Strafbarkeit und Strafe, müssen in der der Bestrafung zugrundeliegenden Norm so konkret umschrieben sein, dass gewährleistet ist, dass die Legislative und nicht die Exekutive oder die Judikative über die Bedingungen von Strafbarkeit und Strafe entscheidet

Einmal losgelöst von dem Umstand, dass der Beklagte dadurch den abstrakt-generellen Charakter seiner Allgemeinverfügung zementiert, ist es dem Bürger wegen der Strafbewährung nicht zumutbar, beim Verlassen seiner Wohnung herumzurätseln, ob er gerade einen nicht bezeichneten legitimen Grund verfolgt und damit möglicherweise eine Ordnungswidrigkeit begeht. Der Kläger kann hier auch schwerlich anhand der bezeichneten Regelbeispiele irgendeine konsistente Linie erkennen, anhand derer er weitere legitime Gründe herleiten kann. Handlungen zur Versorgung von Tieren (Nr. 8) ist in seiner Tragweite nur ausgesprochen schwerlich vergleichbar mit einem einmaligen Ereignis wie einer „Beerdigung im engsten Familienkreis“ (Nr.6) und die Begleitung von Personen in akut lebensbedrohlichen Zuständen hat nicht viel gemein mit einem Friseurbesuch (Nr.3). Es ist dem Kläger hier nicht zumutbar, anhand dieser vollkommen wahllos zusammengewürfelten und offenbar bewusst vage gehaltenen Ansammlung an „Triftigen Gründen“ bei jedem Verlassen der Wohnung herumzuorakeln, ob er mit seinem Anliegen, wenn er von den Ordnungsbehörden kontrolliert wird, denn nun von dem jeweiligen Amtswalter als „triftig“ angesehen wird oder nicht. Diese Regelung ist ein Beispiel par excellence eines Verstoßes gegen Art. 103 Abs. 2 GG in Form einer Sanktionsnorm, bei der es dem jeweiligen Gutdünken der individuellen Amtsperson liegt, gegen den Betroffenen ein Ordnungswidrigkeitenverfahren einzuleiten.

Eine verfassungskonforme Auslegung ist hier auch nicht möglich in zu einer bloß freiheitsbeschränkenden Maßnahme. Die Regelung kann hier nur so verstanden werden, dass der Beklagte hofft, sich einerseits durch weit formulierte, im Endeffekt alle Lebenssachverhalte irgendwie erfassende Erlaubnistatbestände gegen gerichtliche Kontrolle zu immunisieren und vor allen Dingen nicht die Schwelle zur Freiheitsentziehung im Sinne der Art. 2 Abs. 2 S. 2; 104 Abs. 2 GG und § 30 IfSG zu überschreiten und andererseits über die Verunsicherung des Verfügungsadressaten wie dem Kläger den Effekt zu erzielen, dass er aus Angst vor einem Ordnungswidrigkeitenverfahren daheim bleibt. Der Beklagte möge sich dann einmal selbst fragen, ob er an die Gefährlichkeit von Covid-19 selbst glaubt, wenn er auf solche Taschenspielertricks zurückgreifen muss und seine Bürger nicht aus Angst vor Erkrankungen daheimbleiben, sondern aus Angst vor staatlicher Repression. Der Beklagte will hier über einen chilling effect erreichen, dass Adressaten wie der Kläger „freiwillig“ zu Hause bleiben. Da diese Angst jedoch durch das Joch staatlicher Verfolgung erzeugt wird, macht es für den Kläger herzlich wenig unterschied, ob er mit absoluter, willensausschließender Gewalt zum Verbleib in seiner Wohnung gezwungen wird oder er sich zur Vermeidung ungewisser staatlicher Sanktionierung seines Verlassens dieser Ungewissheit beugt. Nach der Zielrichtung des Beklagten, auf die es nach den obigen Ausführungen ankommt, soll der Kläger wie alle anderen Bewohner des Landkreises auch, durch Errichtung verfassungswidriger Hürden zum Zuhausebleiben gezwungen werden.

Dem Beklagten kann es hier nicht zustehen, über einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG den von ihm gewünschten Effekt, nämlich das Daheimbleiben, zu erreichen. Würde man das anerkennen, weil es ja letztlich der Abwehr des Coronavirus dient und der Zweck damit die Mittel heiligt, wäre mit Art. 103 Abs. 2 GG das nächste Grundrecht identifiziert, welches dem offenbar bestehenden Coronavorbehalt des Grundgesetzes zum Opfer gefallen ist.

1. Verstoß gegen Art. 3 PAG

Diese bewusste und vorsätzliche Ungenauigkeit zur Erreichung der Durchsetzung eines zweiten Lockdowns (ohne ihn so benennen zu müssen) setzt sich in einem Verstoß der Ziffer 1.(4) gegen Art. 3 PAG fort.

Nach Art. 3 PAG ist die Landespolizei subsidiär für die Gefahrenabwehr gegenüber den Sonderordnungsbehörden zuständig, wenn die ansonsten zuständige Behörde nicht oder nicht rechtzeitig tätig werden kann.

Die Ziffer 1.(4) regelt hier, die Polizei sei „angehalten, die Einhaltung der Ausgangsbeschränkungen zu kontrollieren. Im Falle einer Kontrolle sind die triftigen Gründe durch den Betroffenen glaubhaft zu machen.“

Einerseits soll die Polizei also nicht zuständig sein, sondern nur gehalten, Kontrollen durchzuführen, anderseits ist der Betroffene gegenüber der gar nicht zuständigen Polizei dann verpflichtet, seine Gründe glaubhaft zu machen.

Auch hier kann nur attestiert werden, dass sich der Beklagte des Verstoßes gegen die Auffangzuständigkeit der Polizei bewusst gewesen ist und durch Trickserei einen Umweg konstruieren möchte. Dass die zuständigen Ordnungsbehörden nicht dazu in der Lage sind, die Einhaltung zu kontrollieren, wird ja nicht einmal geltend gemacht (und wäre insofern unbeachtlich, als dass es originäre Aufgabe des Beklagten ist, ausreichendes Personal zu unterhalten. Ordnungsbehörden sind kein derivates Teilhaberecht, bei dem fehelnde Verfügbarkeit ein Argument wäre). Durch die Verpflichtung aber, sich gegenüber der kontrollierenden Polizei trotz ihrer fehlenden Zuständigkeit legitimieren zu müssen, wirkt daher für den Kläger und andere Adressaten wie Autorität kraft Zuständigkeit, obwohl er seine Legitimation gegenüber unzuständigen Polizisten verweigern könnte. Es offenbart ein ausgesprochen gestörtes Verhältnis zur Rechtsstaatlichkeit, sich auf diese Weise die „Freiwilligkeit“ der Betroffenen arglistig zu erschleichen, in dem man bewusst unklare Normen aufstellt, damit man später darauf verweisen kann, aus der Allgemeinverfügung sei doch hervorgegangen, die Polizei sei nicht zuständig. Schwerwiegende Eingriffe in die polizeiliche Kompetenzordnung mögen im Land Bayern ja jüngst eine hehre Tradition haben (so ausdrücklich zu dem ausgesprochen kreativen Versuch, eine bayerische Grenzpolizei am Wortlaut der Verfassung vorbei herbeizufantasieren BayVerfGH v. 28.8.2020, VF. 10-VIII-19 und Vf 12-VII-19), doch kann das keine Grundlage dafür sein, die Zuständigkeiten nach dem IfSG durch unbestimmte Formulierungen aushebeln zu wollen.

1. Verstoß gegen Art. 2 Abs.1, 2 S.2 GG und das Rechtsstaatsprinzip in Form des Art. 19 Abs. 2 GG

Letztlich verletzt die allgemeine Ausgangssperre hier auch die Rechte des Klägers aus Art. 2 Abs. 2 S.2 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip, da er in Umkehr der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Grundrechte als Abwehrrechte gegen den Staat durch eine Allgemeinverfügung dazu verpflichtet wird, sich für die Ausübung seines Grundrechts auf Freiheit der Person und seine freie Entfaltung der Persönlichkeit dem Staat über legitimieren zu müssen, wenn er seine Wohnung verlassen will.

Auch hier kann insofern zunächst auf die Ausführungen zum Parlamentsvorbehalt verwiesen werden aufgrund der Änderung der Lage. Im Ergebnis dürfte allerdings auch ein formelles Gesetz keine hinreichende Rechtfertigung für einen Verstoß gegen die seit der „Reiten im Walde“ Entscheidung des BVerfG in Stein gemeißelte Grundrechtsdogmatik sein, der Grundrechtsträger müsse sich für seine Rechte vor dem Grundrechtsverpflichteten nicht rechtfertigen (BVerfGE 80, 137). Allen Menschen in einem Landkreis das Verlassen der eigenen Wohnung zu verbieten und unter einen Erlaubnisvorbehalt zu stellen und sich für jeden Schritt im öffentlichen Raume gegenüber der Staatsgewalt rechtfertigen zu müssen, das stellt eine Aushöhlung der Rechte aus Art. 2 Abs. 1, Abs. 2 S.2 GG dar und betrifft diese daher in ihrem Wesensgehalt. Es führt über einen chilling effect faktisch über eine bloße Freiheitsbeschränkung hinaus über die Bußgeldbewährung zu seiner der Systematik der Grundrechte fremden Situation, in der der Bürger sich für seine Existenz im öffentlichen Raum rechtfertigen muss. Der Staat hört in diesem Moment auf, für seine Bürger da zu sein und verlangt vom Bürger, für den Staat zu existieren.

1. Verstoß gegen die 7. BayIfSMV

Wenn man davon ausgeht, dass die 7. BayIfSMV nicht aufgrund Verstoßes gegen das Rechtsstaats- und Demokratieprinzip in Form des Parlamentsvorbehalts verfassungswidrig ist, so verstößt die Corona-Schutzverordnung gegen die Rechtsverordnung, weil die Ermächtigungsgrundlage der §§24ff BayIfSMG verschärfende Regelungen abseits der Folgen eines Überschreitens der Inzidenz von 35 (§ 24), 50 (§25) oder 100 (§26) überhaupt nicht vorsieht.

Wenn man die allgemeine Ermächtigungsnorm des § 28 IfSG noch als taugliche Grundlage für Ausgangssperren sähe, so hat die 7. BayIfSMV jedenfalls für den Freistaat Bayern abschließenden Regelungscharakter. Das erkennt man aus dem Umkehrschluss der §§ 24ff: Wenn für den Fall der steigenden Inzidenz bestimmte Regeln aus der Verordnung selbst gelten sollen, dann kann das umgekehrt nur bedeuten, dass ansonsten die übrige Verordnung gelten soll und nichts anderes. Alle Regelungsgehalte der Allgemeinverfügung gehen über die Regelungen der Rechtsverordnung indes weit hinaus und verschärfen diese in unzulässiger Weise.

* Die Regelungen des zweiten Teils (§§ 5-9) regeln abschließend das öffentliche Leben, insb. Veranstaltungen und Besuchsregeln. Sie enthalten keine Totalverbote vor.
* Die Regelungen des vierten Teils (§§12-16) enthalten abschließende Regeln für die Wirtschaft, die ebenfalls keine Totalverbote vorsehen.

Ebenfalls sehen die Verschärfungen der §§24ff keine der Maßnahmen der Allgemeinverfügung vor. § 24 S.2,3, der insofern entsprechend für §§25, 26 gilt, erlaubt der zuständigen Kreisverwaltung durch Allgemeinverfügungen Ausnahmen zu machen, wenn die Neuinfektionen auf ein klar eingrenzbares Gebiet zurück zu führen sind und ansonsten ebenfalls in begründeten Ausnahmefällen infektionsschutzrechtlich vertretbare Ausnahmen zuzulassen. Ausnahme kann schon dem Wortlaut nach nur Erleichterung bedeuten, keinesfalls jedoch Verschärfung. Wer von etwas ausgenommen ist, der ist gerade nicht von etwas betroffen. In dem Maße, in dem die Allgemeinverfügung über dasjenige, was in den §§24ff geregelt ist, hinausgeht (namentlich die Ausgangssperre, das Berufsverbot für Hotels und Gastronomie, sowie die weitreichenden Besuchsverbote usw.), verstößt die Verfügung gegen die Verordnung.

§ 27, den die Verordnung nicht als Ermächtigungsnorm bezeichnet, hilft darüber auch nicht hinweg. Weitergehende Anordnungen können nur, wie S.2 indiziert, nur Ergänzungen sein, also Bereiche betreffen, für die der Verordnungsgeber keine abschließende Regelung getroffen hat. Eine Verschärfung ist also auch hier nicht vorgesehen.

1. Verstoß gegen Art. 2 Abs. 1 GG durch das Veranstaltungsverbot, Ziff. 2

Die Ziffer 2 verletzt den Kläger aus den bereits bezeichneten Gründen in seinem Recht auf allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG, da er von dem Veranstaltungsverbot betroffen ist, welches, wie dargestellt, umfassend gilt. Der Erlaubnistatbestand ist ebenfalls zu unbestimmt, da nicht ersichtlich ist, anhand welcher Kriterien die infektionsschutzrechtliche Vertretbarkeit zu bestimmen ist. Das ist auch ein Verstoß gegen das Willkürverbot, Art. 3 Abs. 1 GG, weil es auch hier vollkommen in das gerichtlich dann nicht mehr überprüfbare Ermessen der Behörde gestellt wird, Veranstaltungen zu genehmigen.

1. Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG

Aus denselben Gründen ist der Kläger auch in seiner Berufsfreiheit verletzt, Art. 12 Abs. 1 GG, da die Ziffer 3.(2),(3) als objektives Berufsverbot wirkt und daher, wie bezeichnet, einer gesetzlichen Grundlage bedarf. Der Kläger betreibt ein Restaurant mit angeschlossener Herberge, so dass er von (2) betroffen ist. Auch ist er logischerweise von (3) betroffen. Es mangelt an jeder tatsächlichen Grundlage für die Einschränkungen.

1. Rechtswidrigkeit aufgrund fehlerhafter Ermessensausübung

Die Allgemeinverfügung verletzt den Kläger auch in seinen zuvor bezeichneten Rechten, weil der Beklagte hier sein Ermessen fehlerhaft ausgeübt hat.

1. Fehlerhaftes Ermessen bei der Mittelauswahl; Auswahl ungeeigneter Mittel

Der Beklagte hat hier bereits – und dies gilt für alle beanstandenden Rechtsverstöße – durch die Verschärfung der Maßnahmen keine nachweislich effektiven Mittel gewählt.

Nach der Grundrechtsdogmatik ist der Beklagte als Grundrechtsverpflichteter derjenige, der die Effektivität der von ihm gewählten Maßnahmen nachweisen können muss, möchte er Grundrechtseingriffe auf sie stützen.

Dabei muss er sich schon die Frage gefallen lassen, wie es denn sein kann, dass die Maßnahmen wie Kontaktbeschränkungen, Maskenpflicht usw., die derzeit überall in einer Form in der Bundesrepublik gelten, einerseits effektiv sein sollen (und diese vom absoluten Gros der Bevölkerung auch befolgt werden), andererseits die „Infektionszahlen“ trotzdem weiter und weiter ansteigen.

Der Beklagte hatte seit dem ersten Lockdown ein halbes Jahr Zeit, die Effektivität der Maßnahmen zu erforschen. Das hat er aber nachweislich nicht getan, sondern geht ohne jegliche wissenschaftliche Evidenz von deren Effektivität aus. Dass der Beklagte hier, wie die gesamte Exekutive, mehr als nur Anlass dazu gehabt hätte, die Effektivität zu hinterfragen, das ist im Grunde seit Beginn der Corona-Pandemie zu attestieren.

So hat der Wirtschaftsmathematiker Prof. Dr. Stefan Homburg bereits zu Beginn, nämlich am 28.4.2020 in einem Interview klar herausgestellt, dass die Lockdownmaßnahmen zu einem Zeitpunkt veranlasst worden sind, zu dem die sog. Infektionszahlen schon wieder rückläufig gewesen sind und es daher nicht einmal Korrelation geben kann.

(<https://www.presse.online/2020/04/28/prof-dr-stefan-homburg-lockdown-voellig-unnoetig/>).



(siehe dazu sein Diskussionpapier „Effectiveness of Corona Lockdowns: Evidence for a Number of Countries“, http://diskussionspapiere.wiwi.uni-hannover.de/pdf\_bib/dp-671.pdf).

Die Kritik, die dem gegenüber geäußert wurde, es habe ja schon zuvor freiwillige Maßnahmen gegeben, erklärt zum einen nicht, warum dann ein Lockdown überhaupt notwendig gewesen ist und zum anderen hat sich diese Kritik überholt. Denn der Anstieg der aktuellen „Infektionszahlen“ ließe sich dann ja nur damit erklären, dass die gesamte Bevölkerung insgesamt in Deutschland und gerade im Landkreis des Beklagten die Maßnahmen alle vollkommen ignoriert hat, wofür es überhaupt keinerlei Anhaltspunkte gibt. Insbesondere gehen die Maßnahmen des Beklagten hier ja auch noch weit über dasjenige des ersten „Lockdowns“ hinaus. Auch hier bleibt der Beklagte jede Erklärung dafür schuldig, warum es härter Maßnahmen bedarf, wenn weniger harte Maßnahmen im Frühjahr bereits Erfolg gebracht haben sollen. Diesen Widerspruch vermag weder der Beklagte noch sonst ein Teil der Exekutive rational zu erklären.

In jedem Fall muss man dem Beklagten als zuständige Infektionsschutzbehörde vorhalten, er hätte, entsprechend der Rechtsprechung des BVerwG (Urt. v. 22.3.2012, 3 C 16.11) Initiative entwickeln müssen, die Effektivität seines Handelns zu erforschen. Auch hier muss sich der Beklagte darauf verweisen lassen, er habe als Teil des Freistaats Bayern danebengestanden und tatenlos zugesehen, wie von der zweiten Welle geredet wurde, ohne etwas zu unternehmen. In jedem Fall muss er den Widerspruch auflösen können, warum trotz all seiner Bemühungen die Infektionszahlen geradezu explodieren und wie er, obwohl die Maßnahmen zuvor alle eingehalten worden sind, die Prognose begründen möchte, eine Verschärfung der Maßnahmen könne auch nur irgendetwas bringen. Es spricht hier deutlich mehr dafür als dagegen, dass alle bisher ergriffenen Maßnahmen vollkommen wirkungslos sind.

Dies wird auch sehr schnell deutlich, betrachtet man die Entwicklungen in anderen Ländern. Wenn man sich an den „Extremen“ orientiert, kann man das zweifelsfrei erkennen – Schweden und Argentinien.

Es dürfte allgemein bekannt sein, dass Schweden mit seinem (wohl nur vom Deutschen in seiner maßlosen Herrenmenschenmentalität als solchem bezeichneten) „Sonderweg“ mit sehr wenigen Maßnahmen und keinen Lockdowns die Situation vollkommen anders gehandhabt hat, als es hier der Beklagte vorhat. Dennoch weigert sich der Schwede trotz stetiger Ermahnung durch die Deutschen bisher beharrlich, eine Übersterblichkeit zu produzieren:







Der südamerikanische Staat Argentinien hingegen, hat von allen wesentlichen Staaten seit sechs Monaten eines der härtesten Lockdown-Regime, mit weitreichenden Betriebsschließungen und totalen Ausgangssperren.

(<https://www.daz-augsburg.de/sechs-monate-lockdown-in-argentinien-augsburger-studentin-sitzt-in-buenos-aires-fest-und-berichtet-ueber-die-folgen/>)

Dennoch verzeichnet das Land eine verhältnismäßig hohe Zahl an Todesfällen:



Betrachtet man nun aber die positiven Testergebnisse, so wird man feststellen, dass es dabei eigentlich keinen wirklich zu bezeichnenden Zusammenhang zu geben scheint. Deutschland mit seinen durchaus schweren Maßnahmen liegt genau dort, wo das liberale Schweden sich bewegt, keines der Länder produziert eine Übersterblichkeit, während das unter geradezu drakonischem Lockdown stehende Argentinien mit seinen Fallzahlen geradezu explodiert:



Es besteht also nicht einmal Korrelation zwischen der Schärfe von Lockdowns, positiven Testergebnissen und Sterblichkeit. Diese Diskrepanz muss dem Beklagten als Infektionsschutzbehörde bewusst sein, schließlich war es dem Unterzeichner auch möglich, diese Daten zusammenzutragen.

1. Ermessensfehler aufgrund falscher Ermessensgrundlage; Keine Überlastung des Gesundheitssystems aufgrund von Covid-19-Erkrankungen; Keine Möglichkeit der Förderung eines legitimen Zwecks

Die Mittelauswahl erweist sich auch deswegen als ermessensfehlerhaft, weil sie nicht auf die Förderung eines legitimen Zwecks gerichtet ist.

Sinn und Zweck des Infektionsschutzsrechts ist nicht – und das hat der Beklagte dann doch auch irgendwann ausweislich der Begründung der Allgemeinverfügung erkannt – der Schutz individueller Menschenleben und der körperlichen Gesundheit einzelner Personen (da das IfSG keine subjektiven Ansprüche vermittelt), sondern der Schutz des Gesundheitssystems vor Überlastungen aufgrund der Übertragung hochansteckender Infektionskrankheiten und damit der „Volksgesundheit“.

Für eine derartige Gefahr gerade aufgrund von Covid-19-Erkrankungen gibt es und gab es zu keinem Zeitpunkt auch nur den Funken eines Anhaltspunktes.

Laut Intensivbettenmonitor sind von 4200 Intensivbetten im Freistaat Bayern verfügbar. Davon sind, stand heute, sage und schreibe 105 von (einmal angenommenen) Covid-19-Erkrankten belegt und damit exakt 2,5%, bei einer Gesamtauslastung von 73%.



Im Landkreis des Beklagten stellt sich die Lage nach dem Ampelsystem wie folgt dar:



Zwei der drei Kliniken im Landkreis stehen also im Status „Überall freie Kapazitäten“. Nun lässt sich freilich nicht ablesen, wie viele Patienten in der Kreisklinik Berchtesgaden gerade mit Covid-19 einliegen. Es darf aber angesichts der extrem günstigen Kapazitätenlage gepaart mit einer GESAMTZAHL von Covid-19 Patienten in Bayern von 105(!!!) ernsthaft bezweifelt werden, dass es im Landkreis des Beklagten in irgendeiner Weise zu Versorgungsengpässen kommen wird, die GERADE auf Covid-19 zurückzuführen sind. Auch hierzu verhält sich der Beklagte in der Begründung nicht.

Würde man eine Belegung von 2,5% in ganz Bayern für eine drohende Überlastung ausreichen lassen, so würde im Grunde bereits ein einziger Covid-19 Patient ausreichen, solange er derjenige ist, der das letzte Intensivbett belegt. Das kann selbstverständlich der Kausalitätsprognose, die anzustellen ist, keinesfalls entsprechen. Dass es möglicherweise jederzeit und unvermittelt zu einem massiven, das System überlastenden Anstieg kommen könnte, dafür gab und gibt es keinerlei Inzidenz. Eine rein hypothetische Möglichkeit reicht dafür nicht aus. Etwaige Restunsicherheiten sind von Verfassungswegen auch hier von Staat und Gesellschaft hinzunehmen.

1. Ermessensfehler aufgrund fehlerhafter Ermessensgrundlage; Keinerlei Evidenz für das Vorliegen einer Übersterblichkeit aufgrund von Covid-19

Es ist inzwischen unmissverständlich und unbestreitbar wissenschaftlich und durch Stellungnahme der WHO (man mag sich dumpf an diesen Verein erinnern, der weiland die Pandemie ausgerufen hat und woran sich trotz jeglicher fehlender demokratischer Legitimation einer NGO wie der WHO fast alle Staaten der Welt geradezu sklavisch gehalten haben) daselbst belegt, dass Covid-19 global keine Übersterblichkeit produziert. Die von dem weltweit führenden Wissenschafts- und Medizinstatistiker (auf Platz 87 der am meisten zitierten Wissenschaftler der Welt https://greece.greekreporter.com/2020/05/06/two-greek-scientists-among-most-highly-cited-in-the-world/) sowie Arzt Prof. John Ioannidis bereits im Frühjahr prognostizierte und nun in einer Metastudie festgehaltene Erkenntnis, hat sich die WHO jüngst zu Eigen gemacht.

(<https://www.who.int/bulletin/online_first/BLT.20.265892.pdf>)

Diese unterstellte Gefährlichkeit ist es jedoch, welche Grundlage für die Maßnahmen des Beklagten ist. Aufgrund heutiger Erkenntnisse sind insbesondere derart verschärften Maßnahmen, wie der Beklagte sie hier anlegen möchte, sämtliche Grundlagen entzogen.

1. Fehlerhafte Ermittlung der Ermessensgrundlage; Unergiebigkeit der vorliegenden Testergebnisse mangels Unterscheidung zwischen Erkrankungen und positivem Testergebnis

Es hilft dem Beklagten hier auch nicht, wenn er auf steigende „positive Tests“ verweist, da diese für die Ermittlung der Gefahr für die Überlastung des Gesundheitssystems bereits anhand dieser Zahlen offenkundig vollkommen untauglich sind.

Dabei kann zunächst auf die Aussagen der Hendrik Streek und Gérard Krause in Bezug auf die Darstellung von Prof. Dr. Homburg verwiesen werden, die selbst darauf verwiesen haben, die festgestellten Zahlen hingen maßgeblich von der Zahl der Tests ab:

(<https://www.welt.de/wissenschaft/article207456203/Coronavirus-Stefan-Homburg-und-die-Grafik-ueber-die-Deutschland-spricht.html>)

Mit anderen Worten: Die „Infektionen“ waren bereits zuvor schon vorhanden, man hat sie lediglich entdeckt. Hätte man sie nicht gesucht, hätte niemand gemerkt, dass Leute „infiziert“ sind, weil nichts passiert wäre.

Was eine Infektion ist, das definiert das Infektionsschutzgesetz selbst und legt dabei den medizinischen Infektionsbegriff zugrunde: Aufnahme eines Krankheitserregers und seine nachfolgende Entwicklung oder Vermehrung im menschlichen Organismus, § 2 Nr. 2 IfSG.

Die verwendeten Polymerase-Kettenreaktionstests sind derart hochsensibel, dass sie auf kleinste genetische Fragmente von Coronaviren anschlagen. Sie sind nicht dazu in der Lage nachzuweisen, ob der gefundene Teil das Ergebnis einer akuten Vermehrung gewesen ist, oder aber Überbleibsel einer erfolgreichen Immunabwehr. Dazu müsste man die Person flankierend ärztlich untersuchen.

So sieht es im Übrigen auch Prof. Dr. Drosten:

(<https://www.wiwo.de/technologie/forschung/virologe-drosten-im-gespraech-2014-die-who-kann-nur-empfehlungen-aussprechen/9903228-2.html>)

*„Ich befürchte, dass der jetzige Anstieg eher der erhöhten Aufmerksamkeit geschuldet ist. Das ist hierzulande nicht anders. Berichten „Bild“ oder die Abendnachrichten über einen Ausbruch eines bestimmten Virus, steigt die Zahl der Laboruntersuchungen deutlich an. Einfach, weil auch Ärzte dann sensibilisiert sind und gezielt Ausschau halten nach den Erregern, über die berichtet wird.“*

*„Es wäre sehr hilfreich, wenn die Behörden in Saudi-Arabien wieder dazu übergehen würde, die bisherige Definitionen der Krankheit einzuhalten. Denn was zunächst interessiert, sind die echten Fälle. Ob symptomlose oder mild infizierte Krankenhausmitarbeiter wirklich Virusträger sind, halte ich für fraglich. Noch fraglicher ist, ob sie das Virus an andere weitergeben können. Das Beraterteam des neuen Gesundheitsministers sollte stärker zwischen medizinisch notwendiger Diagnostik und wissenschaftlichem Interesse unterscheiden.“*

*„(…)Und dazu wählten sie eine hochempfindliche Methode aus, die Polymerase-Kettenreaktion (PCR). (…) Ja, aber die Methode ist so empfindlich, dass sie ein einzelnes Erbmolekül dieses Virus nachweisen kann. Wenn ein solcher Erreger zum Beispiel bei einer Krankenschwester mal eben einen Tag lang über die Nasenschleimhaut huscht, ohne dass sie erkrankt oder sonst irgend etwas davon bemerkt, dann ist sie plötzlich ein Mers-Fall. Wo zuvor Todkranke gemeldet wurden, sind nun plötzlich milde Fälle und Menschen, die eigentlich kerngesund sind, in der Meldestatistik enthalten. Auch so ließe sich die Explosion der Fallzahlen in Saudi-Arabien erklären. Dazu kommt, dass die Medien vor Ort die Sache unglaublich hoch gekocht haben.“*

Man möge „Mers“ durch „Sars-Cov-2“ ersetzen und man ist dort, wo wie heute sind. Es besteht keine Möglichkeit, ohne ärztliche Untersuchung allein anhand der Testergebnisse zwischen Erkrankten und schlicht positiv getesteten Personen zu unterscheiden, bei denen nicht ermittelt werden kann, ob sie überhaupt ansteckend sein können.

Die grundlegende Studie, auf die sich bis heute zum Nachweis der symptomlosen Ansteckung bezogen wird, ist nachweislich mängelbehaftet, da die angeblich symptomfreie Patientin in Wirklichkeit sogar ausgesprochen starke Symptome hatte.

(<https://www.sciencemag.org/news/2020/02/paper-non-symptomatic-patient-transmitting-coronavirus-wrong>). Der berüchtigte „symptomlose Verlauf“ ist bereits seit Mitte des Jahres ins Reich der Legenden verbannt. Es ist ohnehin fraglich, warum ganz Deutschland für Fragen der Epidemiologie, der Umweltmedizin und der Medizin des öffentlichen Gesundheitswesens auf einen Virologen hört. Maßgeblich ist hier nicht der virologische Facharztstandard, sondern der epidemiologische.

1. Ermessensfehler aufgrund falscher Adressatenwahl; Keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass Hotels oder Grastronomiebetriebe maßgeblich zu einer Infektionsgefahr beitragen

In Bezug auf die Ziffern 3.(2),(3) erweist sich die Auswahl des Klägers in seiner Eigenschaft als Gastronom und Herbergenbetreiber als ermessensfehlerhaft in Form falscher Störer/Adressatenauswahl. Es gibt keinerlei Evidenz oder auch nur Anhaltspunkte dafür, dass ausgerechnet Gastronomiebetriebe und Hotels in irgendeiner Weise gesteigert zum „Infektions“geschehen beitragen. Just aus diesem Grund sind ja auch die Rechtsverordnungen der Länder in Normenkontrollverfahren ausgesetzt worden, soweit diese ein Beherbergungsverbot enthielten (OVG Schleswig v. 23.10.2020, 3 MR 47/20; OVG Niedersachsen, Beschl. v. 15.10.2020, 3 MN 371/20). Auch hat das VG Berlin die sog. Sperrstunde für Gaststätten mit dieser Begründung vorläufig kassiert (Beschl. v. 15.10.2020, 14 L 422/20; keinen Hinweis auf ein erhöhtes Infektionsrisiko in Beherbergungsstätten sieht auch VGH BaWü, Beschl v. 15.10.2020., 1 S 3156/20). Es leuchtete dem VG Berlin insbesondere nicht ein, wieso es infektionsschutzrechtlich gerechtfertigt sein soll, Betriebe über einen bestimmten Zeitraum zu schließen.

1. Fehlerhafte Ermittlung der Ermessensgrundlage; Unergiebigkeit der vorliegenden Testergebnisse mangels Unterscheidung zwischen Erkrankungen und positivem Testergebnis

Wie oben bereits ausgeführt, erweist sich die für die Ermessensentscheidung zugrunde gelegte Bezugnahme auf positive Testergebnisse als fehlerhafte Ermessensgrundlage, weil nicht zwischen tatsächlichen Infektionen und dem bloßen Vorhandensein viraler Moleküle unterschieden wird (das schlichte Anknüpfen an bloße „Infektionszahlen“ kritisierte im Ergebnis auch OVG Niedersachsen, OVG Niedersachsen, Beschl. v. 15.10.2020, 3 MN 371/20).

Zudem verstößt entsprechend der dargestellten Beschlüsse der OVG die Unterscheidung der Ziffer 3.(3) auch gegen das Willkürverbot, Art. 3 Abs. 1 GG, da es keine Rechtfertigung für die Ungleichbehandlung von Touristen und Geschäftsreisenden gibt. Der Beklagte will hier durch die Hintertür ein Einreiseverbot für Menschen konstruieren, indem er ihnen aus „privaten“ Zwecken die Übernachtung unmöglich macht. Der Anlass für eine Übernachtung ist aber für die Frage des Infektionsrisikos irrelevant. Coronaviren interessiert es in der Regel nicht, aus welchem Grund sich Personen, die einander anstecken, angereist sind.

1. Ermessenfehlerhafte Adressatenauswahl bei den Besuchsverboten, Ziff. 4; Keine Berücksichtigung des besonderen Schutzes von Ehe und Familie, Art. 6 GG; willkürliche Ungleichbehandlung

Ebenfalls als ermessensfehlerhaft stellt sich die Regelung der Besuchsverbote, Ziff. 4, dar, insbesondere, weil der Kläger hier, würde er selbst von Verwandten besucht werden im Fall eine Hospitalisierung bzw. würde er Verwandte besuchen wollen, unzulässig gleichbehandelt mit familienfremden Personen. Ehe und Familie stehen jedoch unter besonderem grundrechtlichen Schutz, Art. 6 Abs. 1 GG, den der Beklagte hier weder berücksichtigt hat noch gewürdigt. Art. 6 Abs. 1 GG steht nicht unter Gesetzesvorbehalt. Wegen der besonderen Bedeutung von Ehe und Familie ist es dem Staat grundsätzlich verwehrt, unter Berufung auf Infektionsschutz der Familie Zugang zueinander zu verwehren oder aber Ehepartner zu entzweien. Etwaige, daraus entstehende Gefahren für die Allgemeinheit sind von dieser wegen der besonderen Stellung der Familie von Verfassungswegen hinzunehmen.

1. Fehlerhafte Ermessensausübung in Bezug auf die Ziffer 6.; Keine Evidenz für die Wirksamkeit sog. Alltagsmasken zum Schutz vor Infektionen.

Ebenso ermessensfehlerhaft ist die Anordnung der Maskenpflicht im öffentlichen Raum. Entgegen jedweder Behauptung gibt es nach wie vor keine hinreichende wissenschaftliche Evidenz dafür, dass insb. „Alltagsmasken“ irgendjemanden vor irgendetwas schützen könnten. Bei genauerer Betrachtung wird das eigentlich auch von niemandem behauptet, sondern immer nur davon berichtet, die Masken würden Aerosole zurückhalten. Wir befinden uns aber, darüber dürfte Einigkeit bestehen, nicht in einer Aerosolpandemie, sondern einer Coronapandemie. Ob die Masken daher irgendetwas von irgendwem fernhalten können, was kein Coronavirus ist, ist vollkommen irrelevant.

Insofern kann auch hier zunächst auf die bisherigen Ausführungen verwiesen werden, da die Nichterweislichkeit der Effektivität der bisherigen Maßnahmen selbstredend auch für die Maskenpflicht gilt.

Es ist dabei bezeichnend, dass die von Prof. Dr. Ines Kappstein durchgeführte Meta-Studie, die sich maßgeblich mit den durch nichts belegten Empfehlungen des RKI dezidiert beschäftigt, in der Argumentation quasi vollkommen ignoriert wird (selbst die sog. Faktenfinder, die an guten Tagen wahrscheinlich nicht mal ihre eigene Nase im Spiegel fänden, haben sich daran versucht, Prof. Kappstein zu diffamieren. Das will also schon etwas heißen).

(Kappstein, Ines, Mund-Nasen-Schutz in der Öffentlichkeit: Keine Hinweise für eine Wirksamkeit; Krankenhaushygiene up2date 2020; 15:279-295):

*„Die Empfehlung für MNB im öffentlichen Raum hat*

*1. keine wissenschaftliche Grundlage und ist*

*2. sogar potenziell kontraproduktiv.*

*Angesichts der niedrigen Inzidenz von COVID-19 (Juli2020) und somit auch angesichts der Tatsache, dass eine Überlastung des Medizinsystems und insbesondere der Intensivbehandlungskapazität nicht zu erwarten ist (und im Übrigen auch in den Wochen zuvor nicht gegeben war), ist eine so einschneidende Maßnahme wie die generelle Maskenpflicht für die bei weitem über-wiegende Mehrheit aller Bürger im öffentlichen Raum nicht zu begründen und entspricht auch nicht den Empfehlungen der WHO.*

*(…)*

*▪Bei Auswertung der vom RKI für dessen„ Neubewertung“ von Masken im öffentlichen Raum angeführten Publikationen zeigt sich, dass es keine wissenschaftliche Grundlage gibt, mit der der Gebrauch von Masken (gleich welcher Art) in der Öffentlichkeit bei nahezu der gesamten Bevölkerung von Deutschland (abzüglich der Kinder bis 6 Jahre ca. 80 Mio. Menschen) gerechtfertigt werden kann, und aktuelle Unter-suchungen zeigen das Gleiche.*

*▪Im Gegenteil kann eine Maskenpflicht für viele Millionen Menschen im öffentlichen Raum sogar zu einem Infektions-risiko werden, weil die erforderliche Händehygiene nicht ein-gehalten werden kann.*

*▪Indirekte Erregerkontakte über kontaminierte Oberflächenwerden durch Masken nicht weniger, sondern kommen im Gegenteil potenziell häufiger zustande als ohne Masken.*

*▪Bei der Übertragung respiratorischer Viren spielt ein enger(<1m) Face-to-Face-Kontakt die entscheidende Rolle, der zudem mindestens über eine gewisse Zeit (≥15min) bestehen muss, damit sich ein Übertragungsrisiko überhaupt verwirklichen kann.*

*▪Die meisten Kontakte im öffentlichen Raum sind zum einen keine Face-to-Face-Kontakte. Zum anderen dauern sie, selbst wenn sie dennoch stattfinden, meist kürzer als 15min, so dass eine effektive Übertragung infektiöser Tröpfchen in diesen Situationen sehr unwahrscheinlich erscheint.“*

Dem müsste man eigentlich nichts mehr weiter hinzufügen, um die Frage aufzuwerfen, auf welche wissenschaftliche Evidenz sich die Maskenpflicht zu stützen gedenkt. Prof. Kappstein hat die gesamte Studienlage zu der Thematik ausgewertet und kommt nachvollziehbar und ohne jeden Zweifel zu diesem vernichtenden Ergebnis. Dem hat bis heute kein Organ der Exekutive – und auch nicht der Beklagte – argumentativ irgendetwas entgegengesetzt, geschweige denn eigene Nachforschungen angestellt.

Freilich kann man hier auch noch weiter begründen, dass der Kläger hier durch eine weitreichende Maskenpflicht auch in seinem Recht auf körperliche Unversehrtheit verletzt ist, Art. 2 Abs. 2 S.1 GG.

Denn selbst FALLS Masken dem Schutz Dritter dienen könnten, so exponiert sich der Kläger durch das Tragen einer solchen, wie schon in dem Ergebnis von Prof. Dr. Kappstein niedergelegt ist, selbst.

Das CDC (also das US-amerikanische RKI) hat schon Mitte des Jahres festgestellt, dass das Tragen einer Maske des eigene Infektionsrisiko um ein Vielfaches steigert.



Aus diesen Zahlen ergibt sich relativ deutlich, dass sowohl in der untersuchten Gruppe an Ambulanzpatienten als auch der Kontrollgruppe mit steigender Maskendisziplin auch die Wahrscheinlichkeit eines positiven Tests ansteigt, gipfelnd darin, dass unter Menschen, die immer eine Maske tragen, in beiden Gruppen mehr als 70% der Untersuchten positiv getestet werden, während selbst bei Menschen, die nur oft eine Maske tragen, die Positivrate bei nur etwa 14% liegt.

Mit anderen Worten: Man schützt andere und bekommt von diesen zwar weniger Aerosole und vielleicht auch Viren ab, aber die fühlen sich dann unter der eigenen Maske besonders wohl und machen einen krank. Das ist nicht nur widersinnig, es zwingt den Kläger wie alle anderen Menschen auch dazu, die eigene Gesundheit der von anderen Menschen unterzuordnen. Eine solche Form persönlicher „Triage“ verstößt eklatant gegen Art. 2 Abs. 2 S.1 GG, weil der Staat vom Bürger in einer normativ-individualistischen Grundrechtsordnung nicht verlangen kann, sich zum Wohle der Allgemeinheit zu opfern. Eine derartige Objektifizierung des Menschen würde zudem zweifelsfrei gegen Art. 1 Abs. 1 S.1 GG verstoßen.

1. Unverhältnismäßigkeit der Maßnahmen, insbesondere der Betriebsuntersagung

Schließlich und schlussendlich dürfte es kaum überraschen, dass die Maßnahmen sich im Ergebnis auch als unverhältnismäßig darstellen.

1. Geeignetheit und Erforderlichkeit allgemein

Die Frage von Geeignetheit und Erforderlichkeit ist hier bereits hinreichend erörtert worden. Keine der Maßnahmen sind nach der heutigen Faktenlage noch geeignet oder erforderlich.

Insbesondere sind effektivere und mildere Mittel ersichtlich vor dem Hintergrund des vom IfSG verfolgten Zweck, das Gesundheitssystem vor Überlastung zu schützen: Der Beklagte hatte, wie alle anderen Gemeinden, Landkreise, Länder und die Bundesrepublik auch, mehr als ein halbes Jahr Zeit, entsprechende Kapazitäten zu schaffen, wenn er der Meinung ist, ein Kollaps des Gesundheitssystems stehe bevor. Gesetzgeber und Exekutive können sich nicht im Angesicht einer von ihnen beschworenen Katastrophe tatenlos danebenstehen, um dann im Angesicht der von allen über den ganzen Sommer herbeibeschworenen zweiten Welle die Aufgabe des Infektionsschutz wieder über Lockdownmaßnahmen auf die Bevölkerung abzuwälzen. Die Überlastung der Gesundheitsämter hat der Beklagte ebenfalls selbst zu verantworten und auch der kann er offenbar gut durch Anstellung von Personal entgegenwirken.

1. Unverhältnismäßigkeit i.e.S. der Betriebsuntersagung

Vor dem Hintergrund, dass es keinerlei Evidenz dafür gibt, eine erhöhte Gefahr gehe von Gaststätten oder Herbergen aus, erweist sich die Ziffer 3. im Verhältnis zu den Rechten des Klägers aus Art. 12 Abs. 1 GG als nicht mehr angemessen.

Denn selbst wenn ein Restrisiko verbliebe, so wäre dies im Rahmen der Abwägung der betroffenen Interessen von der Rechtsgemeinschaft hinzunehmen. Hingegen kommt ein vollständiges – wenn auch zeitlich begrenztes – Berufsverbot wegen der ohnehin schon durch den ersten Lockdown und die allgemeine Coronalage angeschlagenen Lage der Gastronomie- und Hotelwirtschaft für den Kläger einer faktischen Enteignung gleich, weil der Gesetzgeber für ihn gerade keine Kompensationsregel in § 56 Abs. 1 IfSG bereit hält.

*„Unter Berücksichtigung dieser Zweifel an der Eignung und Erforderlichkeit des Verbots greift dieses jedenfalls unangemessen in die grundrechtlich geschützte Berufsausübungsfreiheit der Betreiber von Beherbergungsbetrieben ein. Das Verbot bewirkt eine gravierende organisatorische Belastung und kann zu erheblichen finanziellen Einbußen führen. Die Verbotswirkungen würden durch die Ausnahmen nicht deutlich gemildert. Insbesondere die Möglichkeit, eine Ausnahme von dem Verbot durch einen negativen Corona-Test zu erlangen, dürfte angesichts nur begrenzter theoretischer und bereits heute tatsächlich weitgehend ausgenutzter Testkapazitäten praktisch kaum zum Tragen kommen und auch der erstrebten Priorisierung von Testungen nach der Infektionswahrscheinlichkeit widersprechen.“ (OVG Niedersachsen, Beschl. v. 15.10.2020, 13 MN 371/20).*

1. Zulässigkeit und Begründetheit des Aussetzungsantrags

Der Aussetzungsantrag des Klägers, § 80 Abs. 5 VwGO, ist zulässig und begründet.

Da Maßnahmen nach dem IfSG kraft Gesetzes sofort vollziehbar sind, hat die Anfechtungsklage keine aufschiebende Wirkung.

Da sich der Bescheid aus den obgenannten Gründen auch im Rahmen der gegen ihn geführten Angriffe als rechtswidrig erweist, bedarf es auch keiner Interessenabwägung, weil die Rechtsordnung einem rechtswidrigen Bescheid niemals ein Vollzugsinteresse zubilligt.

Selbst bei Annahme der nicht erweislichen Rechtswidrigkeit würde ob der Bedeutung der relevanten Grundrechte ein Aussetzungsinteresse des Klägers überwiegen, insbesondere wegen der Bedeutung seiner Rechte aus Art. 12 Abs. 1 GG. Die von ihm kompensationslos hinzunehmenden Eingriffe in seinen Gastronomiebetrieb kämen einer Enteignung gleich, die – mangels Kompensation – den Kläger vor unwiederbringliche Nachteile stellen würde, würde der Vollzug nicht vorläufig ausgesetzt. Zudem ist es ihm nicht zumutbar, durch das Tragen einer potenziell schädlichen Alltagsmaske seine gesundheitliche Belange dem „Gemeinwohl“ unterzuordnen. Auch hier überwiegen seine eigenen Interessen aus Art. 2 Abs. 2 S.1 GG dem Interesse an Infektionsschutz der Allgemeinheit.

1. Zusammenfassung

1. Die streitgegenständliche Allgemeinverfügung betrifft abstrakt-generelle Regeln der Gefahrenabwehr und ist daher die falsche Handlungsform. Der Beklagte hätte hier nur durch Rechtsnorm handeln können, wozu ihm die Kompetenz fehlt.

2. Sowohl die streitgegenständliche Allgemeinverfügung als auch die 7. BayIfSMG verstoßen gegen den Parlamentsvorbehalt und den Wesentlichkeitsgrundsatz des Grundgesetzes, da Materien der Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1, Abs. 2 S.1 u. 2; Art. 6 Abs. 1; Art 104 Abs. 2; und Art. 12 Abs. 1 GG betrifft, insbesondere durch das Betriebsverbot auf die höchste Stufe der Stufentheorie tritt und das IfSG insofern abschließende Regeln enthält und zudem durch § 5 Abs. 5 IfSG selbst von der Notwendigkeit eines förmlichen Parlamentsgesetzes ausgeht. Die anfänglich unklare Gefahrenlage, welche als Rechtfertigung für Exekutivhandeln herangezogen wurde, ist inzwischen nicht mehr bestehend. Die Untätigkeit des parlamentarischen Gesetzgebers ist zu respektieren und kann nicht unbeschränkt und unbegrenzt beliebig durch die Exekutive verlängert werden. Dies käme einer verfassungswidrigen Entmachtung der Parlamente auf Dauer gleich und damit einem Verstoß gegen das Demokratieprinzip.

3. Es gibt keine wissenschaftliche Evidenz für die Wirksamkeit der gewählten Maßnahmen.

4. Es gibt keine wissenschaftliche Evidenz für die Wirksamkeit von Masken zum Infektionsschutz. Insbesondere weist sogar mehr darauf hin, dass das Tragen einer Maske sowohl die Gesundheit des einzelnen gefährdet als auch dem Infektionsschutz abträglich ist.

5. Die Testzahlen sind unergiebig, weil ein positiver Test nicht zwischen Krankheit und bloßem Vorhandensein viraler Moleküle unterscheidet.

6. Eine Überlastung des Gesundheitssystems war zu keinem Zeitpunkt zu besorgen und ist es auch heute nicht.

7. Der Kläger wird unter Verletzung des Bestimmtheitsgebots von einer im Ergebnis freiheitsentziehenden Maßnahme betroffen, welche der Beklagte bewusst unter Ausnutzung unklarer und unbestimmter Regeln herbeizuführen sucht.

8. Die Besuchsverbote berücksichtigen nicht den besonderen Schutz von Ehe und Familie, Art. 6 Abs. 1 GG und behandeln Familienbesuche im Krankenhaus willkürlich gleich mit Besuchen unter Fremden.

9. Der Kläger wird von den Maßnahmen als Betreiber einer Gaststätte und Herberge unverhältnismäßig in seiner Berufsfreiheit beschränkt, da es keinerlei Evidenz dafür gibt, Gaststätten und Herbergen würden besonders zum Infektionsgeschehen beitragen. Die Unterscheidung zwischen Geschäftsreisen und Privatreisen ist ein Verstoß gegen das Willkürverbot.

10. Der Beklagte hat es insgesamt unterlassen, adäquate und den Anforderungen des BVerwG entsprechende Aufklärungsmaßnahmen zu ergreifen. Stattdessen stützt er sich weiterhin auf die Durchführungen von Tests, die dafür nicht geeignet sind.

***Kläger,***

***Name, Unterschrift***