

R e c h t s a n w a l t s k a n z l e i
S t e v e W i n k l e r & P a r t n e r

Winkler & Partner · HQ · Torgauer Str. 231-233 · 04347 Leipzig

Verwaltungsgericht München
Bayerstraße 30
80335 München

nur per beA

Rechtsanwaltskanzlei Steve Winkler & Partner
HQ/Regus · Torgauer Straße 231-233 · 04347 Leipzig

Rechtsanwalt Steve Winkler
Rechtsanwalt Ralf Ludwig

Postanschrift:
Steve Winkler & Partner Rechtsanwaltskanzlei
CAYA Postbox #486876
Bessemerstraße 83-91
12103 Berlin
Telefon: 0341 26466020 · 26592205
Telefax: 0341 26521015 · 26599063
Email: kontakt@winkler-rechtsanwaltskanzlei.de
Web: www.winkler-rechtsanwaltskanzlei.de

Aktenzeichen: VwR-0221/20- — bitte stets angeben

Leipzig, 31.10.2020

EILT!
Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung

des Antragstellers

Ralf Ludwig

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwaltskanzlei Steve Winkler & Partner, HQ/Regus . Torgauer Straße 231-233, 04347 Leipzig,

gegen

die Antragsgegnerin

Landeshauptstadt München, Marienplatz 8, 80331 München,

wegen Versammlung als Aufzug am 1.11.2020.

Namens und in Vollmacht des Antragstellers, was anwaltlich versichert wird, beantrage ich im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes was folgt:

- 1. Die Aufschiebende Wirkung der Klage vom 31.10.2020 gegen den Bescheid vom 30.10.2020 Aufzug in der Landeshauptstadt München unter dem Motto:**

„Ohne Nachweis einer Infektion gem. § 2 Ziff. 2 IfSG (d.h. die Aufnahme eines Krankheitserregers und!!! seine nachfolgende Entwicklung oder Vermehrung im menschlichen Organismus), die zwingend durch einen Arzt gem. § 24 S. 1 IfSG festgestellt werden muss, dürfen Infektionsschutzmaßnahmen nicht ergriffen werden. Wir verlangen, dass jeder, der es dennoch macht (beispielsweise als Mitarbeiterin oder Mitarbeiter der Versammlungsbehörde), zu lässt (beispielsweise als Mitarbeiter oder Mitarbeiterin eines Gesundheitsamts) oder - sogar ohne die Mindestanforderung einer Plausibilitätsprüfung - nicht verhindert (beispielsweise als Verwaltungsrichterin oder -richter), aufgrund gemeinschaftsrechtlicher Staatshaftungsansprüche und der Radbruch'schen Formel hierfür

**nach Beendigung der Hauptsacheverfahren zur Rechenschaft gezogen wird.“
wird angeordnet.**

- 2. Es wird der Antragsgegnerin untersagt, vor oder während der Versammlung Auflagen zu erlassen, die Teilnehmerinnen oder Teilnehmer dazu verpflichten, Mund-Nasen-Bedeckungen oder ähnliche vermummende Gesichtsbedeckungen zu tragen.**
- 3. Es wird der Antragsgegnerin untersagt, vor oder während des Aufzugs Auflagen zu erlassen, die die Teilnehmerinnen oder Teilnehmern dazu verpflichtet jedwede Mindestabstände zueinander einzuhalten.**
- 4. Es wird der Antragsgegnerin untersagt, vor oder während des Aufzugs Auflagen zu erlassen, die die Anzahl der zugelassenen Teilnehmerinnen oder Teilnehmer beschränkt.**
- 5. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens.**
- 6. Der Gegenstandswert wird festgesetzt.**

Begründung:

A. Sachverhalt

Der Antragsteller hat am 28. Oktober 2020 einen Aufzug in der Landeshauptstadt München für den 1. November 2020 unter dem Motto:

„Ohne Nachweis einer Infektion gem. § 2 Ziff. 2 IfSG (d.h. die Aufnahme eines Krankheitserregers und!!! seine nachfolgende Entwicklung oder Vermehrung im menschlichen Organismus), die zwingend durch einen Arzt gem. § 24 S. 1 IfSG festgestellt werden muss, dürfen Infektionsschutzmaßnahmen nicht ergriffen werden. Wir verlangen, dass jeder, der es dennoch macht (beispielsweise als Mitarbeiterin oder Mitarbeiter der Versammlungsbehörde), zulässt (beispielsweise als Mitarbeiter oder Mitarbeiterin eines Gesundheitsamts) oder - sogar ohne die Mindestanforderung einer Plausibilitätsprüfung - nicht verhindert (beispielsweise als Verwaltungsrichterin oder -richter), aufgrund gemeinschaftsrechtlicher Staatshaftungsansprüche und der Radbruch'schen Formel hierfür nach Beendigung der Hauptsacheverfahren zur Rechenschaft gezogen wird.“ angemeldet.

Es wurde angemeldet für den Zeitraum von 13 Uhr bis 15.15 Uhr eine sich fortbewegende Versammlung mit 5.000 Teilnehmerinnen und Teilnehmern vom Königsplatz über die Briener Straße, den Stiegelmeyer Platz, die Seidelstraße, die Arnulfstraße, die Hackerbrücke, die Landsberger Straße und den Bavariaring zur Theresienwiese.

Zur Glaubhaftmachung: E-Mail zur Anmeldung vom 28.Oktober 2020 in Kopie als Anlage A 1 Anmeldeformular in Kopie als Anlage A2

Zudem hat der Antragsteller ein Hygienekonzept vorgelegt. Das Hygienekonzept lautet wie folgt:

"Keine Abstände, keine Masken, Sprechchöre erlaubt, Tanzen erlaubt, Umarmungen Fremder erlaubt."

Zur Glaubhaftmachung: Hygienekonzept in Kopie als Anlage A 3

Der Antragsteller hat mit Datum vom gleichen Tag ein telefonisches Kooperationsgespräch geführt. Im Rahmen des Kooperationsgesprächs hat er aufgezeigt, dass er bereit sei über die Route zu reden, von den übrigen Anzeigevoraussetzungen aber nicht abweichen werde.

Das Vorstehende wird anwaltlich versichert.

Mit Datum vom 30. Oktober 2020 hat die Antragsgegnerin per E-Mail den Antragsteller angehört und ihm mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, den angemeldeten Aufzug zu verbieten.

Zur Glaubhaftmachung: E-Mail vom 30. Oktober 2020 in Kopie als Anlage A 4

Der Antragsteller hat mit E-Mail vom gleichen tag geantwortet wie folgt:

„Ich halte an meiner Anmeldung - wie vorgetragen - fest. Allerdings nehme ich aus meinem Hygienekonzept Singen und Tanzen heraus. Mir als protestantisch getaufter Atheist war nicht bewusst, dass es sich um Allerheiligen handelt. Ein solchen Anlass werde ich selbstverständlich akzeptieren.“

Ich bitte im Rahmen der Bescheidung lediglich darum, die aktuellen Infiziertenzahlen der Landeshauptstadt München in Abgrenzung zu den positiv Getesteten zu benennen. Mir scheint es auf diese Differenzierung streitentscheidend anzukommen.“

Zur Glaubhaftmachung: E-Mail vom 30. Oktober 2020 in Kopie als Anlage A 5

Mit Bescheid vom 30. Oktober 2020 hat die Antragsgegnerin die Versammlung verboten.

Zur Glaubhaftmachung: Bescheid vom 30. Oktober 2020 in Kopie als Anlage A 6

Gegend diesen Bescheid hat der Antragsteller mit Datum vom 31.10.2020 Klage erhoben.

Zur Glaubhaftmachung: Klage vom 31. Oktober 2020 in Kopie als Anlage A 7

B. Rechtliche Würdigung

Der Antragsteller hat einen Anordnungsanspruch und einen Anordnungsgrund.

Der Antrag nach § 80 V VwGO auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung ist begründet, wenn das Interesse des Antragstellers an der Aussetzung der Vollziehung (Suspensivinteresse) das Interesse der Allgemeinheit an der sofortigen Vollziehung (Vollzugsinteresse) überwiegt. Maßgeblich hierfür ist insbesondere, ob nach summarischer Prüfung die Klage in der Hauptsache Aussicht auf Erfolg hätte.

Das Bundesverfassungsgericht hat ausgeführt:

„Bliebe die sofortige Vollziehbarkeit des Versammlungsverbots bestehen, hätte eine Verfassungsbeschwerde aber später Erfolg, wäre der Antragsteller um die Möglichkeit gebracht worden, von dem ihm zustehenden Grundrecht auf Versammlungsfreiheit in der gewünschten Weise Gebrauch zu machen. [...] Könnte die Versammlung wie geplant stattfinden, erwiese sich eine Verfassungsbeschwerde später aber als unbegründet, so wäre die Versammlung durchgeführt worden, obwohl von ihr nach der Einschätzung der Versammlungsbehörde erhebliche Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung verbunden wären.“

Einstweiliger Rechtsschutz ist insbesondere zu gewähren, wenn die Gefahrenprognose auf Umstände gestützt wird, deren Berücksichtigung dem Schutzgehalt des Art. 8 GG offensichtlich widerspricht oder wenn das für eine Einschränkung der Versammlungsfreiheit herangezogene Schutzgut und die angewandten Normen in rechtlicher Hinsicht die Einschränkung offensichtlich nicht tragen (vgl. BVerfG, 1. Kammer des Ersten Senats, Beschluss vom 26. März 2001 - 1 BvQ 15/01 -).“

Das Bundesverfassungsgericht hat an anderer Stelle ausgeführt:

„Ist die behördliche Verfügung auf eine unmittelbare Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung gestützt (§ 15 VersG), erfordert die von der Behörde oder den befassten Gerichten angestellte Gefahrenprognose tatsächliche Anhaltspunkte, die bei verständiger Würdigung eine hinreichende Wahrscheinlichkeit des Gefahreneintritts ergeben. Bloße Verdachtsmomente und Vermutungen reichen für sich allein nicht aus (vgl. BVerfGE 69, 315 <353 f.>; 87, 399 <409>). Im Rahmen der Folgenabwägung – und ebenso bei der Prüfung der Erfolgsaussichten –

berücksichtigt das Gericht, ob die für die Beurteilung der Gefahrenlage herangezogenen Tatsachen unter Berücksichtigung des Schutzgehalts des Art. 8 GG in nachvollziehbarer Weise auf eine unmittelbare Gefahr hindeuten (vgl. BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 26. Januar 2001 – 1 BvQ 8/01 –, NJW 2001, S. 1407 <1408 f.>). Gibt es neben Anhaltspunkten für die von der Behörde oder den Gerichten zu Grunde gelegte Gefahrenprognose auch Gegenindizien, so haben sich die Behörde und die Gerichte auch mit diesen in einer den Grundrechtsschutz hinreichend berücksichtigenden Weise auseinanderzusetzen (vgl. BVerfG, Beschlüsse der 1. Kammer des Ersten Senats vom 18. August 2000 – 1 BvQ 23/00 –, NJW 2000, S. 3053 <3055>; vom 11. April 2002 – 1 BvQ 12/02 –, NVwZ-RR 2002, S. 500)."

Mithin hat der Antragsteller dann einen Anordnungsgrund, wenn überwiegend wahrscheinlich ist, dass ihm ein Anordnungsanspruch zur Seite steht.

Hierzu wird wie folgt vorgetragen:

Das Bundesverfassungsgericht hat hierzu ausgeführt (BVerfGE 69, 315 (342 ff.)):

„Die in den Ausgangsverfahren angegriffenen Maßnahmen sowie die zugrunde liegenden gesetzlichen Vorschriften beschränkten die Beschwerdeführer in der Freiheit, die geplanten Demonstrationen durchzuführen. Diese Freiheit ist in Art. 8 GG gewährleistet, der Versammlungen und Aufzüge - im Unterschied zu bloßen Ansammlungen oder Volksbelustigungen - als Ausdruck gemeinschaftlicher, auf Kommunikation angelegter Entfaltung schützt. Dieser Schutz ist nicht auf Veranstaltungen beschränkt, auf denen argumentiert und gestritten wird, sondern umfasst vielfältige Formen gemeinsamen Verhaltens bis hin zu nicht verbalen Ausdrucksformen. Es gehören auch solche mit Demonstrationscharakter dazu, bei denen die Versammlungsfreiheit zum Zwecke plakativer oder aufsehenerregender Meinungskundgabe in Anspruch genommen wird. Da in den Ausgangsverfahren Anhaltspunkte dafür fehlen, dass die Äußerung bestimmter Meinungsinhalte - etwa in Aufrufen, Ansprachen, Liedern oder auf Transparenten - behindert werden sollte, bedarf es keiner Prüfung, in welcher Weise bei Maßnahmen gegen Demonstrationen ergänzend zu Art. 8 GG auch das Grundrecht der Meinungsfreiheit als Prüfungsmaßstab herangezogen werden könnte.“

Als Abwehrrecht, das auch und vor allem andersdenkenden Minderheiten zugutekommt, gewährleistet Art. 8 GG den Grundrechtsträgern das Selbstbestimmungsrecht über Ort, Zeitpunkt, Art. und Inhalt der Veranstaltung und untersagt zugleich staatlichen Zwang, an einer öffentlichen Versammlung teilzunehmen oder ihr fernzubleiben. Schon in diesem Sinne gebührt dem Grundrecht in einem freiheitlichen Staatswesen ein besonderer Rang; das Recht, sich ungehindert und ohne besondere Erlaubnis mit anderen zu versammeln, galt seit jeher als Zeichen der Freiheit, Unabhängigkeit und Mündigkeit des selbstbewussten Bürgers. In ihrer Geltung für politische Veranstaltungen verkörpert die Freiheitsgarantie aber zugleich eine Grundsentscheidung, die in ihrer Bedeutung über den Schutz gegen staatliche Eingriffe in die ungehinderte Persönlichkeitentfaltung hinausreicht. Im anglo-amerikanischen Rechtskreis war die im naturrechtlichen Gedankengut verwurzelte Versammlungsfreiheit schon früh als Ausdruck der Volkssouveränität und demgemäß als demokratisches Bürgerrecht zur aktiven Teilnahme am politischen Prozess verstanden worden. Diese Bedeutung des Freiheitsrechts wird ebenfalls in den Stellungnahmen des Bundesministers des Innern, der Gewerkschaft der Polizei und des Bundesverbandes Bürgerinitiativen Umweltschutz hervorgehoben; im Schrifttum wird sie inzwischen durchgängig anerkannt.“

In der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, die sich bislang mit der Versammlungsfreiheit noch nicht befasst hat, wird die Meinungsfreiheit seit langem zu den unentbehrlichen und grundlegenden Funktionselementen eines demokratischen Gemeinwesens gezählt. Sie gilt als unmittelbarster Ausdruck der menschlichen Persönlichkeit und als eines der vornehmsten Menschenrechte überhaupt, welches für eine freiheitliche demokratische Staatsordnung konstituierend ist; denn sie erst ermöglicht die ständige geistige Auseinandersetzung und den Kampf der Meinungen als Lebenselement dieser Staatsform (vgl. BVerfGE 7, 198 [208]; 12, 113 [125]; 20, 56 [97]; 42, 163 [169]). Wird die Versammlungsfreiheit als Freiheit zur kollektiven Meinungskundgabe verstanden, kann für sie nichts grundsätzlich anderes gelten. Dem steht nicht entgegen, dass speziell bei Demonstrationen das argumentative Moment zurücktritt, welches die Ausübung der Meinungsfreiheit in der Regel kennzeichnet. Indem der Demonstrant seine Meinung in physischer Präsenz, in voller Öffentlichkeit und ohne Zwischenschaltung von Medien kundgibt, entfaltet auch er seine Persönlichkeit in unmittelbarer Weise. In ihrer idealtypischen Ausformung sind Demonstrationen die gemeinsame körperliche Sichtbarmachung von

Überzeugungen, wobei die Teilnehmer einerseits in der Gemeinschaft mit anderen eine Vergewisserung dieser Überzeugungen erfahren und andererseits nach außen - schon durch die bloße Anwesenheit, die Art. des Auftretens und des Umganges miteinander oder die Wahl des Ortes - im eigentlichen Sinne des Wortes Stellung nehmen und ihren Standpunkt bezeugen. Die Gefahr, dass solche Meinungskundgaben demagogisch missbraucht und in fragwürdiger Weise emotionalisiert werden können, kann im Bereich der Versammlungsfreiheit ebenso wenig maßgebend für die grundsätzliche Einschätzung sein wie auf dem Gebiet der Meinungsfreiheit und Pressefreiheit.

Die grundsätzliche Bedeutung der Versammlungsfreiheit wird insbesondere erkennbar, wenn die Eigenart des Willensbildungsprozesses im demokratischen Gemeinwesen berücksichtigt wird. Über die freiheitliche demokratische Ordnung heißt es im KPD-Urteil, sie gehe davon aus, dass die bestehenden, historisch gewordenen staatlichen und gesellschaftlichen Verhältnisse verbesserungsfähig und verbessерungsbedürftig seien; damit werde eine nie endende Aufgabe gestellt, die durch stets erneute Willensentscheidung gelöst werden müsse (BVerfGE 5, 85 [197]). Der Weg zur Bildung dieser Willensentscheidungen wird als ein Prozess von "trial and error" beschrieben, der durch ständige geistige Auseinandersetzung, gegenseitige Kontrolle und Kritik die beste Gewähr für eine (relativ) richtige politische Linie als Resultante und Ausgleich zwischen den im Staat wirksamen politischen Kräften gebe (a.a.O. [135]; vgl. auch BVerfGE 12, 113 [125]). An diese Erwägungen knüpft das spätere Urteil zur Parteienfinanzierung an und betont, in einer Demokratie müsse die Willensbildung vom Volk zu den Staatsorganen und nicht umgekehrt verlaufen; das Recht des Bürgers auf Teilhabe an der politischen Willensbildung äußere sich nicht nur in der Stimmabgabe bei Wahlen, sondern auch in der Einflussnahme auf den ständigen Prozess der politischen Meinungsbildung, die sich in einem demokratischen Staatswesen frei, offen, unreglementiert und grundsätzlich "staatsfrei" vollziehen müsse (BVerfGE 20, 56 [98 f.]).

Verbot oder Auflösung setzen zum einen als ultima ratio voraus, dass das mildere Mittel der Auflagenerteilung ausgeschöpft ist (so auch BVerfGE 64, 55). Das beruht auf dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Dieser begrenzt aber nicht nur das Ermessen in der Auswahl der Mittel, sondern ebenso das Entschließungsermessen der zuständigen Behörden. Die grundrechtlich geschützte Versammlungsfreiheit hat nur dann zurückzutreten, wenn eine Güterabwägung unter Berücksichtigung der Bedeutung des Freiheitsrechts ergibt, dass dies zum Schutz anderer gleichwertiger Rechtsgüter notwendig ist. Demgemäß rechtfertigt keinesfalls jedes beliebige Interesse eine Einschränkung dieses Freiheitsrechts; Belästigungen, die sich zwangsläufig aus der Massenhaftigkeit der Grundrechtsausübung ergeben und sich ohne Nachteile für den Veranstaltungszweck nicht vermeiden lassen, werden Dritte im Allgemeinen ertragen müssen. Aus bloßen verkehrstechnischen Gründen werden Versammlungsverbote umso weniger in Betracht kommen, als in aller Regel ein Nebeneinander der Straßenbenutzung durch Demonstranten und fließenden Verkehr durch Auflagen erreichbar ist.

Die behördliche Eingriffsbefugnis wird zum anderen dadurch begrenzt, dass Verbote und Auflösungen nur bei einer "unmittelbaren Gefährdung" der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung statthaft sind. Durch das Erfordernis der Unmittelbarkeit werden die Eingriffsvoraussetzungen stärker als im allgemeinen Polizeirecht eingeengt. Erforderlich ist im konkreten Fall jeweils eine Gefahrenprognose. Diese enthält zwar stets ein Wahrscheinlichkeitsurteil; dessen Grundlagen können und müssen aber ausgewiesen werden. Demgemäß bestimmt das Gesetz, dass es auf "erkennbaren Umständen" beruhen muss, also auf Tatsachen, Sachverhalten und sonstigen Einzelheiten; bloßer Verdacht oder Vermutungen können nicht ausreichen. Unter Berücksichtigung der grundlegenden Bedeutung der Versammlungsfreiheit darf die Behörde insbesondere bei Erlass eines vorbeugenden Verbotes keine zu geringen Anforderungen an die Gefahrenprognose stellen, zumal ihr bei irriger Einschätzung noch die Möglichkeit einer späteren Auflösung verbleibt. Welche Anforderungen im Einzelnen geboten sind, haben im Übrigen zunächst die Fachgerichte zu beurteilen. Sie lassen sich schwerlich losgelöst von den konkreten Umständen von verfassungswegen vorschreiben, sondern können davon abhängen, wie weit etwa bei Großdemonstrationen eine Bereitschaft der Veranstalter zu kooperativen Vorbereitungen besteht und ob Störungen nur von dritter Seite oder durch eine kleine Minderheit befürchtet werden. Insgesamt ist § 15 VersG jedenfalls dann mit Art. 8 GG vereinbar, wenn bei seiner Auslegung und Anwendung sichergestellt bleibt, dass Verbote und Auflösungen nur zum Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und nur bei einer unmittelbaren, aus erkennbaren Umständen herleitbaren Gefährdung dieser Rechtsgüter erfolgen."

Mithin ist zunächst einmal das für einen demokratischen und freiheitlichen

**Rechtsstaat konstituierende Grundrecht der Versammlungsfreiheit in seinem vollem Umfang und seiner vollen Wirkkraft zu beachten.
Sämtliche Maßnahmen sind regelmäßig an dieser besonderen Wirkkraft zu messen.**

Dem müsste nunmehr eine unmittelbare Gefahr gegenüberstehen, die ausweislich der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auf *Tatsachen, Sachverhalten und sonstigen Einzelheiten* beruhen muss.

Als diese unmittelbare Gefahr wird die Gefahr einer Erkrankung an der durch ein Sars-CoV-2-Virus ausgelösten Atemwegserkrankung COVID-19 gesehen.

Es müsste also aufgrund von Tatsachen, Sachverhalten oder sonstigen Einzelheiten, die durch die Antragsgegnerin vorgetragen werden müssten, die unmittelbare Gefahr einer Infektion bestehen. Infektion ist in § 2 Ziff. 2 IfSG legaldefiniert als:

„Aufnahme eines Krankheitserregers und seine nachfolgende Entwicklung oder Vermehrung im menschlichen Organismus.“

Dieses gilt es im nachfolgenden näher zu betrachten, denn nur wenn die – darlegungs- und beweisbelastete – Antragsgegnerin eine solche unmittelbare Gefahr zumindest plausibel machen kann, kann sie überhaupt eine Verbotsverfügung erlassen.

§ 32 Abs. 1 IfSG ermächtigt die Landesregierungen, unter den Voraussetzungen, die für Maßnahmen nach den §§ 28 bis 31 maßgebend sind, auch durch Rechtsverordnungen entsprechende Gebote und Verbote zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten zu erlassen.

Die Landesregierungen werden mithin ermächtigt, Gebote und Verbote zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten zu erlassen. Das bedeutet, sie können andere, auch weitergehende Maßnahmen erlassen, als diejenigen, die in den § 28 bis 31 IfSG vorgesehen sind.

Diese Maßnahmen sind allerdings nur zulässig unter den Voraussetzungen, die gleichfalls für die Maßnahmen nach §§ 28 bis 31 maßgebend sind. Das bedeutet, dass für alle in der Rechtsverordnung angeordneten Maßnahmen die Tatbestandsmerkmale der §§ 28 bis 31 IfSG Voraussetzung aber auch Grenze sind.

Tatbestandliche Voraussetzungen zur Ergreifung von Maßnahmen nach den §§ 28 bis 31 IfSG sind das Vorhandensein von Personen, die Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider einer übertragbaren Krankheit.

Die jeweiligen im Nachfolgenden als Störer bezeichneten Personen sind wie folgt in § 2 IfSG legal definiert.

Kranker - Eine Person, die an einer durch ein vermehrungsfähiges Agens (Virus, Bakterium, Pilz, Parasit) oder ein sonstiges biologisches transmissibles Agens, das bei Menschen eine Infektion oder übertragbare Krankheit verursachen kann oder deren toxische Produkte, die unmittelbar oder mittelbar auf den Menschen übertragen werden, verursachte Krankheit erkrankt ist.

Krankheitsverdächtiger - Eine Person, bei der Symptome bestehen, welche das Vorliegen einer bestimmten durch ein vermehrungsfähiges Agens (Virus, Bakterium, Pilz, Parasit) oder ein sonstiges biologisches transmissibles Agens, das bei Menschen eine Infektion oder übertragbare Krankheit verursachen kann oder deren toxische Produkte, die unmittelbar oder mittelbar auf den Menschen übertragen werden, verursachte Krankheit vermuten lassen.

Ansteckungsverdächtiger - Eine Person, von der anzunehmen ist, dass sie ein vermehrungsfähiges Agens (Virus, Bakterium, Pilz, Parasit) oder ein sonstiges biologisches transmissibles Agens, das bei Menschen eine Infektion oder übertragbare Krankheit verursachen kann, aufgenommen hat, ohne krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider zu sein.

Ausscheider kommt bei einer Atemwegserkrankung von vorneherein nicht in Frage.

Krankheitserreger

Der wichtigste Begriff in der gesamten Diskussion ist mithin der Krankheitserreger. Dieser ist in § 2 Ziff. 1 IfSG ebenfalls legal definiert. Krankheitserreger ist ein vermehrungsfähiges Agens (Virus, Bakterium, Pilz, Parasit) oder ein sonstiges biologisches transmissibles Agens, das bei Menschen eine Infektion oder übertragbare Krankheit verursachen kann.

Entscheidend ist, dass es sich bei dem aufgenommenen Krankheitserreger um ein vermehrungsfähiges Agens handeln muss. Denn nur ein vermehrungsfähiges Agens kann gem. § 2 Ziff. 2 IfSG eine Infektion verursachen.

Die jeweils zuständige Behörde kann somit nur dann eine Maßnahme vornehmen, wenn entsprechende Störer ermittelt sind.

Für die Ermittlung (im vorliegenden Fall) ist das Gesundheitsamt der Landeshauptstadt München berufen.

Frage 1: Gibt es in der Landeshauptstadt München aktuell in Bezug auf Sars-CoV-2 Störer?

Mithin hat der Leiter des Gesundheitsamts der Landeshauptstadt München vorliegend eidesstattlich zu versichern oder zumindest ausdrücklich

- a. **zu erklären, dass in jedem einzelnen Fall vermehrungsfähige Sars-CoV-2-Viren bei aktuell als krank, krankheitsverdächtig oder ansteckungsverdächtig geltenden Personen in der Landeshauptstadt klinisch ermittelt worden sind.**
- b. **vorzutragen, wie viele Personen in der Landeshauptstadt München in Bezug auf einen sich in deren menschlichen Organismus entwickelnden oder vermehrenden Sars-CoV-2-Erreger aktuell – aufgrund welcher klinischen Erkenntnisse – als krank, krankheitsverdächtig oder ansteckungsverdächtig gelten.**

Diese Fragen sind für die Leitung des Gesundheitsamtes unproblematisch unverzüglich zu beantworten, da diese Gegenstand der Meldungen sind, aufgrund derer Maßnahmen überhaupt erst getroffen werden dürfen.

Da es sich bei den Maßnahmen um einschneidende Eingriffe in Rechte von verfassungsrang handelt, ist der Erregnachweis regelmäßig nach den Empfehlungen bzw. Vorgaben des in § 4 IfSG genannten Robert-Koch-Institut vorzunehmen, darzulegen und ggf. plausibel zu machen.

Hierzu wäre zunächst darzulegen, welche Testungen aufgrund welcher Erkenntnisse durchgeführt worden sind.

Das Robert-Koch-Institut führt hierzu aus:

„Von einer ungezielten Testung von asymptomatischen Personen wird aufgrund der unklaren Aussagekraft eines negativen Ergebnisses (lediglich Momentaufnahme) in der Regel abgeraten. Ein Anlass zur Testung von prä- bzw. asymptomatischen Personen ist die Fallfindung unter Personen, die z.B. im Rahmen der Ermittlungen durch das Gesundheitsamt als Kontaktperson 1. Grades eines laborbestätigten Falles eingestuft wurden (www.rki.de/covid-19-kontaktpersonen). Dies betrifft auch den Kontext von Ausbruchssituationen (Leitfaden für den Öffentlichen Gesundheitsdienst zum Vorgehen bei Häufungen von COVID-19) oder wenn eine Symptomatik nicht zuverlässig erhoben werden kann.

Weiterhin kann es im stationären Bereich sinnvoll sein, Patienten vor/bei Aufnahme bzw. Mitarbeiter/innen in der Patientenversorgung (HCW) ohne erkennbare Beschwerden nach einem bestimmten Schema hinsichtlich einer SARS-CoV-2 Infektion zu untersuchen, um nosokomiale Übertragungen zu minimieren (www.rki.de/covid-19-patientenversorgung). Bei der Entscheidung zu einem solchen Vorgehen sollte die jeweils aktuelle epidemiologische Situation und das geübte Hygieneregime berücksichtigt werden.

Auch im Rahmen der Prävention und des Managements von COVID-19 in Alten- und Pflegeeinrichtungen sowie in Einrichtungen für Menschen mit Beeinträchtigungen und Behinderungen kann es sinnvoll sein, Pflegepersonal und Heimbewohner ohne Beschwerden in Abstimmung mit der lokalen Gesundheitsbehörde periodisch hinsichtlich SARS-CoV-2 zu testen um prä-/asymptomatisch infizierte Personen zu identifizieren und Infektionsketten zu unterbrechen (www.rki.de/covid-19-pflegeeinrichtungen).

Generell wird die Richtigkeit des Ergebnisses von diagnostischen Tests auch von der Verbreitung einer Erkrankung beeinflusst (s. positiv und negativ prädiktiven Wert des Tests). **Je seltener die Erkrankung und je ungezielter getestet wird, umso höher sind die Anforderungen an Sensitivität und Spezifität der zur Anwendung kommenden Tests.**

Quelle: https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Vorl_Testung_nCoV.html#x

Frage 2: Sind die Störer (auch) durch anlasslose Testungen symptomatischer Personen ermittelt worden?

Mithin hat der Leiter des Gesundheitsamts der Landeshauptstadt München im vorliegenden Verfahren eidesstattlich zu versichern oder zumindest ausdrücklich

- a. **zu erklären, dass in der Landeshauptstadt München keine ungezielte Testung von asymptomatischen Personen stattgefunden hat bzw. die Zahl ungezielter Testungen asymptomatischer Personen zu benennen.**

b. vorzutragen, welche Anforderungen an die Sensitivität und Spezifität der zur Anwendung gekommenen Test durch die beauftragten Labore gestellt werden sind.

Auf die diagnostischen Labortestungen ist mithin ein genaueres Augenmerk zu legen. Denn das Robert-Koch-Institut selber führt wie folgt aus:

*„Im Gegensatz zu replikationsfähigem Virus ist SARS-CoV-2 virale RNA bei vielen konvaleszenten Patienten noch Wochen nach Symptombeginn in der RT-PCR nachweisbar (Xiao et al., 2020; Zheng et al., 2020; Zhou et al., 2020). Dass diese positiven RT-PCR-Ergebnisse bei konvaleszenten Patienten **nicht zwingend mit Kontagiosität** gleichzusetzen sind, wurde mehrfach gezeigt, zum einen durch die parallele Durchführung von PCR und Virusanzucht (Bullard et al., 2020; Covid-Investigation Team, 2020; Singanayagam et al., 2020; Wolfel et al., 2020) und zum anderen durch eine großangelegte Studie des koreanischen CDC, die unter anderem Kontaktpersonen von genesenen Patienten mit erneut positiver PCR untersuchte (Korea Centers for Disease Control, 2020).*

Einige Arbeitsgruppen haben sich mit der Korrelation der Virusgenomlast im Untersuchungsmaterial (z. B. Rachenabstrich) und der Anzüchtbarkeit der in der Probe enthaltenen Viren in Zellkultur als Maß für die Infektiosität beschäftigt. Diese Arbeiten legen einen Zusammenhang zwischen Ct-Wert in der RT-PCR und Anzüchtbarkeit in Zellkultur nahe, der z. B. bei der Bewertung von anhaltend positiven PCR-Ergebnissen hilfreich sein kann. Aus veröffentlichten Untersuchungen lassen sich „cut-off“ Werte im Bereich von <10⁶ Genomkopien/ml (van Kampen et al., 2020; Wolfel et al., 2020) bzw. Ct-Werte im jeweils verwendeten Testsystem von 31 - 34 ableiten (Arons et al., 2020; La Scola et al., 2020; National Centre for Infectious Diseases and Chapter of Infectious Disease Physicians / Academy of Medicine in Singapore, 2020).

Ergebnisse (bisher unveröffentlicht) aus der Diagnostik am RKI zeigen, dass der Verlust der Anzüchtbarkeit in Zellkultur mit einer per real-time PCR ermittelten RNA Menge von <250 Kopien/5 µL RNA-Eluat einherging. Diese RNA-Konzentration entsprach im verwendeten Testsystem einem Ct-Wert >30“

Quelle: https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Vorl_Tes-tung_nCoV.html#x

Ausweislich der Ausführungen des Robert-Koch-Instituts verlieren Erreger ihre Anzüchtbarkeit („cut-off“) in Zellkultur bei einem Ct-Wert, der größer ist als 30 Zyklen. Gemäß Arons et al und La Scola et al liegen diese cut-off-Werte bei 31 – 34 Zyklen. Somit ist bei Nachweisen von Genomen im Rahmen der PCR-Testungen von – jedenfalls mehr als 34 Zyklen – eine Infektiosität nicht mehr anzunehmen und es sind jedenfalls weitere Diagnosestellungen erforderlich.

Frage 3: Werden Personen auch dann als infiziert gezählt, wenn statt einer legaldefinierten Infektiosität lediglich mittels RT-PCR-Tests virale RNA nachweisbar ist?

Mithin hat der Leiter des Gesundheitsamts der Landeshauptstadt München im vorliegenden Verfahren eidesstattlich zu versichern oder zumindest ausdrücklich

a. zu erklären, dass in der Landeshauptstadt München keine Personen als infektiös gemeldet werden oder als infektiös im Rahmen der maßnahmenrelevanten Statistiken gezählt werden, bei denen ein labordiagnostischer Nachweis mittel eines Ct-Werts größer als 34 ermittelt worden ist, soweit nicht durch Anzüchtung eines Erregers in Zellkultur die individuelle Kontagiosität festgestellt worden ist.

b. vorzutragen, dass im Falle eines labordiagnostischen Nachweises mittels eines Ct-Werts größer als 34, Untersuchungen bei symptomfreien Kontaktpersonen nicht ohne weitere Indikationsstellung vorgenommen worden sind.

Zum Verständnis des Gerichts ist die Beantwortung dieser Fragen zwingend erforderlich. Denn selbst das Robert-Koch-Institut führt aus, dass bei eigener (bisher unveröffentlichter) Untersuchung mit mehr als 30 Zyklen eine nachfolgende Entwicklung oder Vermehrung im menschlichen Organismus nicht nachgewiesen werden kann und bezugnehmend auf externe Studien dieser cut-off-Wert jedenfalls bei 34 Zyklen liegt.

Kurz: Bei einem Nachweis viraler RNA oberhalb von 34 Zyklen im Rahmen eines PCR-Tests ist eine erforderliche Infektiosität gem. § 2 Ziff. 2 IfSG **nicht** nachgewiesen. Somit können bei RT-PCR-Tests in Bezug auf Sars-Cov-2 mit mehr als 34 Zyklen Kranke, Krankheitsverdächtige und Ansteckungsverdächtige nicht ermittelt werden, soweit nicht aufgrund serologischer Untersuchungen Antikörper nachgewiesen werden können. Diese serologischen Untersuchungen sollten aber nur dann stattfinden, wenn die betreffende Person auch Symptome hat, die auf eine

mögliche Erkrankung mit Covid-19 hinweisen.

Sollten auf die vorgenannte Art und Weise Störer ermittelt sein, dürften im Rahmen jeder Verhältnismäßigkeitsprüfung nur Maßnahmen ergriffen werden, die sich gegen die Störer richten und nicht gegen unbeteiligte Dritte (Nicht-Störer).

Der Bundesverordnungsgeber hat mit der *Verordnung zum Anspruch auf Testung in Bezug auf einen direkten Erregernachweis des Coronavirus SARS-CoV-2* konkretisierend zum Ausdruck gebracht, dass eine Testung in der Regel nur dann vorgesehen ist, wenn Kontakt zu einer mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 **infizierten Person** bestanden hat. Die Wertentscheidung des Verordnungsgebers zielt ausdrücklich auf Kontakt zu infizierten Personen. Wie bereits zuvor dargestellt, ist in § 2 Ziff. 2 IfSG geregelt, dass Infektion die Aufnahme eines Krankheitserregers und seine nachfolgende Entwicklung oder Vermehrung im menschlichen Organismus ist. Somit ist stellt ein positiver RT-PCR-Test für **sich keinen Nachweis einer Infektion** dar, sondern ist lediglich ein Indikator dafür, dass eine Infektion vorliegen könnte. Allerdings ist hier dann regelmäßig – aus Gründen der Verhältnismäßigkeit – zu prüfen, aufgrund welcher Testmethode und welchen Ct-Werts eine virale RNA nachgewiesen worden ist.

Erst in dem Zeitpunkt, in dem ein direktes Vorgehen gegen den jeweiligen Störer oder eine Mehrzahl von Störern nicht mehr möglich ist, kann und darf überhaupt darüber nachgedacht werden, Nicht-Störer in Anspruch zu nehmen. Die Frage, wann ein direktes Vorgehen gegen Störer nicht mehr möglich ist, beantworten einerseits das Robert-Koch-Institut im Rahmen der Parameter des nationalen Pandemieplans, andererseits die Verordnungsgeber anhand der von ihnen aufgestellten Kriterien.

Diese Kriterien sind ebenfalls vorrangig zu prüfen, bevor unsere Mandantschaft als Nicht-Störer in Anspruch genommen wird und mit erheblichen Eingriffen in seine grundrechtlich geschützten Freiheiten bedroht oder beschränkt wird.

Im Rahmen der Risikoeinschätzung geht das Robert-Koch-Institut von den folgenden Parametern aus:

- Übertragbarkeit
- Krankheitsschwere
- Ressourcenbelastung des Gesundheitssystems

Quelle: https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikobewertung.html

Eine Übertragbarkeit kann nur dann gegeben sein, wenn eine Infektionsquelle vorhanden ist. Als Infektionsquelle kommen nur Kranke und Infizierte in Betracht.

Der Unterschied besteht darin, dass bei der kranken Person bereits eine durch Krankheitserreger oder deren toxische Produkte, die unmittelbar oder mittelbar auf den Menschen übertragen werden, verursachte Krankheit besteht, während beim Infizierten die Aufnahme eines Krankheitserregers und seine nachfolgende Entwicklung oder Vermehrung im menschlichen Organismus nachgewiesen werden kann, ohne dass diese Person selbst krank sein muss. Ob die infizierte Person selber Überträger sein kann, ist damit nicht festgestellt.

Ein Kranter wird üblicherweise durch eine medizinische Behandlung festgestellt, bzw. wird sich erfahrungsgemäß selbst (häuslich) isolieren, bis wieder Symptomfreiheit besteht.

Als Parameter kann letztlich nur angenommen werden, wie viele Erkrankte und Infizierte durch die vorhandenen Ressourcen im Gesundheitssystem erfasst werden können und in welchem Umfang und welcher Geschwindigkeit ggf. weitere Ressourcen aufgebaut werden können.

Auch die Krankheitsschwere ist nur ein mittelbarer Faktor, So führt das Robert-Koch-Institut in der vorgenannten Quelle selber aus: „Das individuelle Risiko kann anhand der epidemiologischen/ statistischen Daten nicht abgeleitet werden.“ Über die Letalität herrscht noch Uneinigkeit, jedoch wird Sie durch Studien von Prof. Dr. Hendryk Streeck, Prof. Dr. Ioanidis und die Weltgesundheitsorganisation in den Bereich einer mittelschweren Grippe verortet.

Quelle: https://www.who.int/bulletin/online_first/BLT.20.265892.pdf

Insofern gibt auch der Parameter Krankheitsschwere keinen Hinweis auf eine besondere Gefährlichkeit in Bezug zu anderen saisonalen Erkrankungen. Zu berücksichtigen ist, dass es nicht um die Frage einer optimalen medizinischen Betreuung oder Behandlung geht, sondern um rechtliche Konsequenzen unter Beachtung widerstreitender Grundrechte, die aufgrund von Kenntnissen der Krankheit getroffen werden müssen.

Einen realistischen Blick auf die Belastung der Gesundheitsämter kann der objektive Betrachter mithin erst dann bekommen, wenn er Kenntnis darüber hat, welche Tätigkeiten die Gesundheitsämter tatsächlich entfalten und ob diese durch einen gesetzlichen Auftrag gedeckt sind. Beispielshaft sei nur erwähnt, dass bei anlasslosen Testungen von Reiserückkehrern die Gesundheitsämter und die testenden Labore vollständig an ihre Leistungsgrenze gebracht werden können, ohne

dass eine große Zahl an Infizierten oder Kranken ermittelt werden könnte. Ein nicht mehr vom Gesetzeszweck gedeckter politischer Aktionismus kann die Gesundheitsämter mithin genauso überlasten, wie eine echte Epidemie. Das eine vom anderen zu trennen ist Aufgabe der Gerichte. Eine Ressourcenüberlastung des Gesundheitssystems war zu keinem Zeitpunkt angezeigt und auch zu keinem Zeitpunkt zu befürchten. Sollten sich entsprechende Indikatoren hierfür ergeben, können erforderlichenfalls Maßnahmen ergriffen werden. Aktuell (Stand 29.08.2020) ist die Auslastung von Intensivbetten durch mit COVID-19 assoziierten Fällen bei ca. 7,8 Prozent der belegten Intensivbetten. In Bayern ist die Belegungszahl bei 5,4 Prozent.

 Das Bild kann nicht angezeigt werden.

Eine Überlastung des Gesundheitssystems ist schlicht nicht im Ansatz erkennbar. Gerichte und der Unterzeichner sind gehalten, einen nüchternen Blick auf die zu ermittelnden Tatsachen zu werfen und zu prüfen, welche Rechtsfolgen sich daraus ableiten lassen. Zusammenfassend ist festzustellen, dass aktuell keinerlei Tatsachen vorliegen, die darauf schließen ließen, dass überhaupt Maßnahmen gegen Nicht-Störer zulässig sein dürften. Fragen über die Verhältnismäßigkeit von Maßnahmen ergeben sich insofern gar nicht, da diese ohne ausreichende, einen Eingriff rechtfertigende Tatsachen, überhaupt nicht zulässig sind. Ausweislich der Rechtsprechung des BayVGH und des Bundesverfassungsgerichts sind die zuständigen Behörden regelmäßig gehalten, zu überprüfen, ob die Voraussetzungen für den Eingriff durch Maßnahmen (noch) vorliegen. Vorliegend kann auch das hiesige Gericht zur Plausibilität der (drohenden) Auflagen unproblematisch durch das Gesundheitsamt der Landeshauptstadt eine Erklärung verlangen, aus der sich die tatsächliche Infektionslage ergibt. Diese Plausibilitätsanforderungen sind an Art. 19 Abs. 4 GG zu messen. Das zuständige Gericht hat sich bei seiner Entscheidung auf die „Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG beschränkt sich nicht auf die Einräumung der Möglichkeit, die Gerichte gegen Akte der öffentlichen Gewalt anzurufen, sondern gewährleistet einen Anspruch auf eine wirksame gerichtliche Kontrolle. Das Gebot des effektiven Rechtsschutzes verlangt nicht nur, dass jeder potentiell rechtsverletzende Akt der Exekutive in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht der richterlichen Prüfung unterstellt ist; vielmehr müssen die Gerichte den betroffenen Rechten auch tatsächliche Wirksamkeit verschaffen (vgl. BVerfGE 35, 263 <274>; 40, 272 <275>; 67, 43 <58>; 84, 34 <49>). Das Maß dessen, was wirkungsvoller Rechtsschutz ist, bestimmt sich entscheidend auch nach dem sachlichen Gehalt des als verletzt gerügten Rechts (vgl. BVerfGE 60, 253 <297>), hier des Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Gewährleistet ist der Rechtsweg im Rahmen der jeweiligen Prozessordnungen, so dass der Weg zu den Gerichten, insbesondere auch zur inhaltlichen Überprüfung einer Verwaltungsentscheidung, von der Erfüllung und dem Fortbestand bestimmter formaler Voraussetzungen abhängig

gemacht werden darf (vgl. BVerfGE 9, 194 <199 f.>; 10, 264 <267 f.>; 27, 297 <310>; 35, 65 <72 f.>; 40, 272 <274>; 77, 275 <284>). Der Zugang zu den Gerichten und zu den in den Verfahrensordnungen eingeräumten Instanzen darf dabei nicht in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschwert werden (vgl. BVerfGE 40, 272 <274 f.>; 78, 88 <99>; 88, 118 <124>). Entsprechendes gilt auch innerhalb des jeweils eingeleiteten Verfahrens, soweit es darum geht, sich dort effektiv Gehör verschaffen zu können (vgl. BVerfGE 81, 123 <129>). Der gerichtlichen Durchsetzung des materiellen Anspruchs dürfen auch hier nicht unangemessen hohe verfahrensrechtliche Hindernisse in den Weg gelegt werden (vgl. BVerfGE 53, 115 <128>). Insbesondere darf ein Gericht nicht durch die Art und Weise der Handhabung verfahrensrechtlicher Vorschriften den Anspruch auf gerichtliche Durchsetzung des materiellen Rechts unzumutbar verkürzen (vgl. BVerfGE 84, 366 <369 f.>)."

Zur Prüfungsdichte auch im einstweiligen Rechtsschutzverfahren:

„Art. 19 Abs. 4 GG eröffnet den Rechtsweg gegen jede behauptete Verletzung subjektiver Rechte durch ein Verhalten der öffentlichen Gewalt. Gewährleistet wird nicht nur das formelle Recht, die Gerichte anzurufen, sondern auch die Effektivität des Rechtsschutzes (vgl. BVerfGE 35, 263 <274>; 35, 382 <401 f.> m.w.N.; 93, 1 <13>). Dieser muss die vollständige Nachprüfung des angegriffenen Hoheitsakts in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht durch ein Gericht ermöglichen (vgl. BVerfGE 15, 275 <282>; stRspr). Praktische Schwierigkeiten allein sind kein ausreichender Grund, den durch Art. 19 Abs. 4 GG gewährleisteten Rechtsschutz einzuschränken (vgl. BVerfGE 84, 34 <55>).“

Das Fachgericht – hier das Verwaltungsgericht – ist mithin gehalten, sich durch Vortrag der Gegenseite sich einen Überblick über die Zahl der Störer und die Schwere der Störung zu verschaffen.

Das Gesundheitsamt der Antragsgegnerin wiederum ist gehalten, wahrheitsgemäße Auskunft zu erteilen, so dass auch im Rahmen eines einstweiligen Rechtsschutzverfahrens die voraussichtliche Rechtsgutseinschränkung des Antragstellers zumindest summarisch geprüft werden kann. Das Gesundheitsamt der Antragsgegner wird dieser – bereits aus Haftungs- und Strafverfolgungsgründen – keine unwahren Tatsachen zum Vortrag vor Gericht an die Hand geben. Die Antragsgegnerin kann sich auch nicht darauf berufen, dass ihr diese Tatsachen in der Kürze der Zeit nicht vortragsfähig vorliegen würden, stützt sie doch gerade u.a. die hier angegriffene Maßnahme auf diese Tatsachen.

Bereits im Jahr 1958 hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt (BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 15. Januar 1958 - 1 BvR 400/51):

„Ohne Zweifel sind die Grundrechte in erster Linie dazu bestimmt, die Freiheitssphäre des einzelnen vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt zu sichern; sie sind Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat. Das ergibt sich aus der geistesgeschichtlichen Entwicklung der Grundrechtsidee wie aus den geschichtlichen Vorgängen, die zur Aufnahme von Grundrechten in die Verfassungen der einzelnen Staaten geführt haben. Diesen Sinn haben auch die Grundrechte des Grundgesetzes, das mit der Vorstellung des Grundrechtsabschnitts den Vorrang des Menschen und seiner Würde gegenüber der Macht des Staates betonen wollte.“

Zum Kernbereich aller Freiheitsgrundrechte gehört das grundgesetzlich vorgegebene Verhältnis von Freiheit und staatlicher Einschränkung. Der Einzelne muss die Ausübung oder Nichtausübung seiner Freiheitsrechte nicht begründen. Die Motive seines Handelns sind staatlicher Bewertung entzogen. Jede staatliche Einschränkung bedarf einer verfassungsrechtlich tragfähigen Begründung. Kann der Staat diese nicht (mehr) leisten, ist die Beschränkung verfassungswidrig. Die damit beschriebenen grundsätzlichen Vermutung der Freiheit ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ein zentrales konstitutives Element einer freiheitlichen Demokratie. Der Staat muss die Eignung und die Erforderlichkeit des Eingriffs hinreichend darlegen. Nimmt man ein Risiko an, dass einen Eingriff rechtfertigt, hat der Staat darzulegen, dass die mit der Maßnahme verbundene Minderung des Infektionsrisikos hinreichend bedeutsam ist, um das Gewicht des Eingriffs zu rechtfertigen.

Zusammenfassend sei noch einmal ausgeführt, dass Maßnahmen, die durch das Infektionsgesetz geregelt werden, zunächst sich gegen Störer – mithin Kranke, Krankheitsverdächtige und Ansteckungsverdächtige zu richten haben.

Dass und in welcher Zahl diese vorhanden sind, muss zunächst der Antragsgegner über das ihm zugeordnete Gesundheitsamt ermitteln.

Dabei sind entweder Personen, die an einer durch ein vermehrungsfähiges Agens (Virus, Bakterium, Pilz, Parasit) oder ein sonstiges biologisches transmissibles Agens, das bei Menschen eine Infektion oder übertragbare Krankheit verursachen kann oder deren toxische Produkte, die unmittelbar oder mittelbar auf den Menschen übertragen werden, verursachte Krankheit erkrankt sind zu ermitteln (Kranke).

Das bedeutet Personen, die Symptome aufweisen und bei denen ein vermehrungsfähiger Erreger nachgewiesen ist. Klinisch sauber müsste allerdings differentialdiagnostisch geprüft werden, ob auch andere Erreger in Frage kommen, da ansonsten Fehlbehandlungen nicht auszuschließen sind. Hier müssten die Gesundheitsämter ggf. auch Kontaktpersonen nachverfolgen und entsprechende Maßnahmen einleiten.

Weiterhin sind Personen, zu bestimmen bei denen Symptome bestehen, welche das Vorliegen einer bestimmten durch ein vermehrungsfähiges Agens (Virus, Bakterium, Pilz, Parasit) oder ein sonstiges biologisches transmissibles Agens, das bei Menschen eine Infektion oder übertragbare Krankheit verursachen kann oder deren toxische Produkte, die unmittelbar oder mittelbar auf den Menschen übertragen werden, verursachte Krankheit vermuten lassen.

Bei dieser Personengruppe ist ein Zusammenhang mit einer Erregeraufnahme eines Sars-CoV-2-Virus (noch) nicht nachweisbar.

Als dritte Störergruppe kommen die Ansteckungsverdächtigen infrage, also Personen, von der anzunehmen ist, dass sie ein vermehrungsfähiges Agens (Virus, Bakterium, Pilz, Parasit) oder ein sonstiges biologisches transmissibles Agens, das bei Menschen eine Infektion oder übertragbare Krankheit verursachen kann, aufgenommen hat, ohne krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider zu sein. Diese Personengruppe wird in zwei Teilgruppen unterteilt, nämlich diejenigen, die aufgrund epidemiologischer Annahmen (sog. Kontaktpersonen) oder bei denen aufgrund eines positiven RT-PCR-Tests virale DNA (Gen-Sequenzen) nachgewiesen sind.

Als vierte Störergruppe sind sodann die Infizierten zu betrachten, dass sich diejenigen Ansteckungsverdächtigen, bei denen eine nachfolgende Entwicklung oder Vermehrung eines ermittelten Sars-CoV-2-Erregers im menschlichen Organismus durch Laboruntersuchung (serologisch) nachgewiesen werden konnte.

Maßnahmen in Bezug auf unbeteiligte Nicht-Störer dürfen – übersieht man alle verfassungsrechtlichen Fragen in Bezug auf die Rechtmäßigkeit der Eingriffsnorm des § 28 IfSG – nur dann erfolgen, wenn zum einen überhaupt eine relevante Anzahl an infektiösen Störern ermittelt worden ist und wenn diese Anzahl von Störern mit an Sicherheit angrenzender Wahrscheinlichkeit zu einer Überlastung der Nachverfolgung bedeuten würde. Hier sind als Regelgrößen die Zahlen von 35 bzw. 50 Infizierten auf 100.000 Einwohner benannt. Zur Ermittlung dieser Zahlen wird in einem späteren Abschnitt noch einmal Stellung genommen.

Der Unterzeichner hat zuvor herausgearbeitet, dass der Begriff des „Infizierten“ sich nur auf diejenigen Personen bezieht, bei denen entweder eine Erkrankung aufgrund des Sars-CoV-2-Erregers nachgewiesen ist oder eine Infektiosität (= Vermehrungsfähigkeit des Erregers) ohne dass (bereits) Symptome aufgetreten sind, je im Einzelfall nachgewiesen ist. Wie weiter aufgezeigt, trifft dies nur auf Personen zu, bei denen über den Nachweis viraler RNA hinaus (RT-PCR-Test) eine laborbestätigte Vermehrung(sfähigkeit) des Erregers nachgewiesen ist.

Insofern sind in Bezug auf die unterschiedlichen Störergruppen unterschiedliche Maßnahmen angezeigt. Hier gibt das Robert-Koch-Institut auch entsprechende Vorgaben:

*„Infektiöses Virus wird vom Quellfall über Aerosole/Kleinpartikel (im Folgenden als „Aerosol(e)“ bezeichnet) und über Tröpfchen ausgestoßen (emittiert). Die Zahl der emittierten Partikel steigt von Atmen über Sprechen, zu Schreien bzw. Singen an. Im Nahfeld (etwa 1,5 m) um **eine infektiöse Person** ist die Partikelkonzentration größer („Atemstrahl“). Es wird vermutet, dass die meisten Übertragungen über das Nahfeld erfolgen.“*

Quelle: https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Kontaktperson/Management.html

Insofern geht auch das Robert-Koch-Institut von der Notwendigkeit der Übertragung eines vermehrungsfähigen Agens aus. Ohne Vorhandensein eines vermehrungsfähigen Agens, kann auch nicht von einer Infektiosität ausgegangen werden. Somit reichen positive RT-PCR-Tests alleine für daran anknüpfende Maßnahmen gegenüber Nicht-Störern nicht aus. Ein positiver RT-PCR-Test stellt einen Hinweis auf die Möglichkeit eines vermehrungsfähigen Agens dar, zeigt aber unter keinem denkbaren Umstand das Vorhandensein eines solchen Agens an.

Darüber hinaus ist bei einem positiven RT-PCR-Test, bei dem mehr als 34 Verdoppelungszyklen vorgenommen worden sind, laut Auskunft des Robert-Koch-Instituts nicht einmal mehr ein Infektionsverdacht gegeben.

Das Gesundheitsamt der Antragsgegnerin hat mithin wie folgt zu differenzieren:

- a. Wie viele an Covid-19 Erkrankte (§ 2 Ziff. 4 IfSG) sind in der Landeshauptstadt München in den letzten 4 Kalenderwochen je Kalenderwoche ermittelt worden?
- b. Wie viele Covid-19 Krankheitsverdächtige (§ 2 Ziff. 5 IfSG) sind in der Landeshauptstadt München in den letzten 4 Kalenderwochen je Kalenderwoche ermittelt worden?

- c. Welche weiteren klinischen Ermittlungsmaßnahmen sind in Bezug auf die unter c. erfassten Personen erfolgt? Und welche statistische Eingruppierung ist nach vorgenommener Ermittlung erfolgt? Gibt es Doppelerfassungen als Krankheitsverdächtiger und als Kranker?
- d. Wie viele Sars-CoV-2-Ansteckungsverdächtige sind in der Landeshauptstadt München in den letzten 4 Kalenderwochen je Kalenderwoche ermittelt worden? Unterteilt in jeweilige epidemiologische Verdachtskategorien (Kategorie Kontaktperson, medizinische Einrichtung etc.)
- e. In wie vielen Fällen wurden nach einer positiven Testung mittels RT-PCR-Testung sind in der Landeshauptstadt München in den letzten 4 Kalenderwochen je Kalenderwoche auch eine Infektiosität ermittelt und festgestellt?
- f. Welche Maßnahmen werden in Bezug auf die vorgenannten Störergruppen (Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige, Infizierte) nach welchem Flußschema je getroffen?
- g. Welcher Personalschlüssel wird hierfür beim Gesundheitsamt zugrunde gelegt?
- h. Ab welcher Zahl von Störern der jeweiligen Störergruppe geht das Gesundheitsamt von einer Überlastung aus?
- i. Welche Sicherungsmaßnahmen werden getroffen, damit eine Überlastungssituation nicht besteht? Insbesondere im Rahmen von Amtshilfe (Bundespolizei, Bundeswehr etc.)

Die vorgenannten Fragen sind vorrangig zu beantworten, da ein (erheblicher) Eingriff in die Grundrechte von Nicht-Störern nur dann zulässig ist und in einem demokratischen Rechtsstaat auch nur sein kann, wenn zuvor alle Mittel ausgeschöpft sind, Störer festzustellen und zunächst einmal sämtliche Möglichkeiten in Bezug auf diese vollständig auszuschöpfen.

Das gilt umso mehr, als dass zu keinem Zeitpunkt im Jahr 2020 eine Überlastung des Gesundheitssystems vorlag bzw. zu befürchten war. Auch ist keine Übersterblichkeit zu verzeichnen oder eine vom Erwartbaren abweichende Altersverteilung der Erkrankungen und Todesfälle insgesamt in der Bundesrepublik Deutschland zu verzeichnen.

Der österreichische Verfassungsgerichtshof hat in einer am 29. Oktober 2020 veröffentlichten Entscheidung diesen Rechtsgedanken – der für alle Mitgliedsstaaten gleichermaßen gilt – noch einmal verdeutlicht:

„Der – in diesem Fall zuständige – Gesundheitsminister muss zum einen nachvollziehbar machen, auf Basis welcher Informationen er die Verordnungsentscheidung und die gesetzlich vorgegebene Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse und den grundrechtlich geschützten Interessen der Betroffenen getroffen hat. Aus dem Verordnungsakt ist aber nicht ersichtlich, welche Umstände im Hinblick auf welche Entwicklungen von COVID-19 den Gesundheitsminister bei seiner Entscheidung geleitet haben. Eine entsprechende Dokumentation ist jedoch ausschlaggebend dafür, dass der VfGH beurteilen kann, ob die Verordnung den gesetzlichen Vorgaben entspricht.“

Dieser Rechtsgedanke gilt für alle Gerichte und alle Gerichtszweige. Dieser spiegelt sich in Art. 19 Abs. 4 GG wider. Soweit und solange die Antragsgegnerin nicht für das Verwaltungsgericht überprüfbar vorlegen kann, aufgrund welcher tatsächlichen Erkenntnisse Maßnahmen getroffen sind, sind jegliche Maßnahmen per se rechtswidrig.

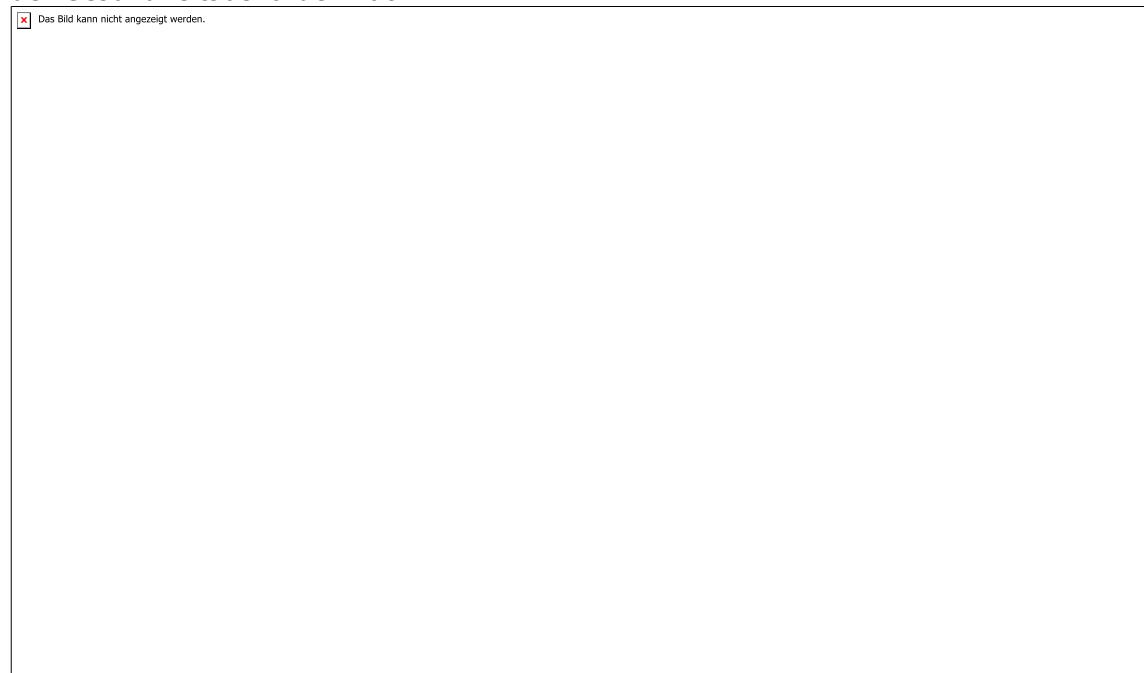
Die tatsächliche Grundlage vorliegend ist das Vorhandensein infektiöser – nicht fallpositiver – Personen, von denen die Gefahr ausgeht, eine ansteckende Krankheit zu verbreiten. Diese tatsächlichen Grundlagen kann die Antragsgegnerin auch kurzfristig zur Vorlage an das Gericht übermitteln, da es sich ja hierbei zwingend um die Voraussetzungen ihrer eigenen Maßnahmeverentscheidung handelt.

Die übermittelten Daten sind sodann noch auf ihre Vergleichbarkeit hin anzupassen. Eine Inzidenz (also Infizierte pro 100.000 Einwohner) als alleinige Kenngröße für Maßnahmen anzunehmen, ist statistisch und tatsächlich keine seriöse Vorgehensweise.

Problem 1: Größe der Betrachtungsgebiete

Im Freistaat Bayern gibt es eine Vielzahl an Landkreisen und Kreisfreien Städten, deren Einwohnerzahl unter 100.000 liegt. Wird nunmehr die Inzidenz auf 100.000 Einwohner hochgerechnet, ist die Inzidenz höher, als tatsächlich Fallpositive gefunden worden.

In der nachfolgenden Tabelle, ist zu ersehen, dass beispielsweise die Stadt Ansbach 32 testpositive Fälle zu verzeichnen hat und hieraus eine 7-Tage-Inzidenz pro 100.000 Einwohner mit 76,56 errechnet wird. Es ist bereits aus diesem Beispiel ersichtlich, dass eine reine Bezugnahme auf eine 7-Tage-Inzidenz keinerlei Aussagekraft in Bezug auf eine Belastung oder Überlastung der Gesundheitsbehörden hat.



Desweiteren ist zu berücksichtigen, dass sich Testpositive in sogenannten Hotspots ergeben können. Wird ein entsprechendes Cluster entdeckt, ist dieses leichter nachzuverfolgen als räumlich verbreitete Einzelfälle. Das Robert-Koch-Institut gibt insoweit auch einen Meldestatus vor, der eingehalten werden sollte, um eine angemessene Nachverfolgbarkeit zu garantieren:

„Zur betroffenen Person

Name, Vorname, Geschlecht, Geburtsdatum

Adresse und weitere Kontaktdaten (z.B. Telefonnummer, E-Mail)

Tätigkeit, Betreuung oder Unterbringung in einer Einrichtung, z.B. Krankenhaus, Gemeinschaftseinrichtungen (z.B. Kita, Schule), Einrichtungen zur Betreuung und Unterbringung älterer, behinderter oder pflegebedürftiger Menschen, Obdachlosenunterkünfte, Gemeinschaftsunterkünfte für Asylsuchende, Justizvollzugsanstalten

Diagnose oder Verdachtsdiagnose

Tag der Erkrankung, Tag der Diagnose, gegebenenfalls Tag des Todes und wahrscheinlicher Zeitpunkt oder Zeitraum der Infektion

wahrscheinlicher Infektionsweg, einschließlich Umfeld, in dem die Übertragung wahrscheinlich stattgefunden hat, mit Name, Anschrift und weiteren Kontaktdaten der Infektionsquelle und wahrscheinliches Infektionsrisiko

Behandlungsergebnis und zum Serostatus in Bezug auf diese Krankheit

Ort, an dem die Infektion wahrscheinlich erworben worden ist

Überweisung, Aufnahme und Entlassung z.B. aus einem Krankenhaus, ggf. intensivmedizinische Behandlung und deren Dauer

Zugehörigkeit zur Bundeswehr“

Es wird darauf hingewiesen, dass das Robert-Koch-Institut ausdrücklich den „*Serostatus in Bezug auf diese Krankheit*“ abverlangt. Ohne Kenntnis hiervon ist eine Infektiosität **nicht** feststellbar. Nur ein RT-PCR-Test alleine reicht für eine Meldung an das Robert-Koch-Institut und als Grundlage für eine die Allgemeinheit betreffende Maßnahme nicht aus. Aus diesseitiger Sicht wird dringend um eine präzise Unterscheidung durch das zur Entscheidung zuständige Gericht ersucht. Insofern dürfte eine konkretisierende Aussage durch das Gesundheitsamt in Bezug auf die Fallfeststellung – auch im einstweiligen Rechtsschutzverfahren – nebst Plausibilitätsprüfung unumgänglich sein.

Soweit also bisher nachgewiesen keinerlei Infektion vorliegt, sondern lediglich Sequenzen einer viralen RNA nachgewiesen sind, die weder vermehrungsfähig (Erreger) sind, noch sich im menschlichen Organismus vermehren oder entwickeln, ist eine unmittelbare Gefahr weder nachgewiesen, noch plausibel gemacht, diese ist nicht einmal anzunehmen.

Es darf davon ausgegangen werden, dass sowohl die Versammlungsbehörde der Antragsgegnerin, als auch das Gesundheitsamt der Antragsgegnerin sich mit dieser Fragestellung befasst haben. Der Antragsteller hat zeitgleich Klage gegen den Bescheid erhoben und wird diese Klage als Feststellungsklage ab dem 2. November 2020 fortsetzen. Der Antragsteller als Bürger, der sein Grundrecht auf Versammlungsfreiheit wahrnehmen möchte, darf darauf vertrauen, dass dieses nur dann beschränkt wird, wenn die vom Bundesverfassungsgericht geforderten Tatsachen, die auf eine unmittelbare Gefahr schließen lassen, auch – zumindest – plausibel vorgetragen sind. Der Antragsteller hat im Wesentlichen die wissenschaftlichen Anforderungen, Regeln und Empfehlungen des gem. § 4 IfSG hierfür zuständigen Robert-Koch-Instituts vorgetragen und referiert. Auf diese Anforderungen wird in diesem einstweiligen Rechtsschutzantrag ausdrücklich Bezug genommen. Soweit diese Anforderungen nicht erfüllt sind bzw. die diesen Anforderungen folgenden notwendigen Ermittlungen nicht vorgenommen und Erkenntnisse nicht vorgetragen werden durch die Gegenseite, ist ein staatlicher Eingriff – und vorliegend ein staatlicher Eingriff in den Kern des Versammlungsrechts – nicht zulässig.

Wie zuvor dargelegt, sind die Gerichte gehalten, entsprechende Ermittlungen auch im einstweiligen Rechtsschutzverfahren vorzunehmen.

Vorliegend ist es recht einfach. **Die Antragsgegnerin braucht lediglich gerichtlich vortragen, dass es sich bei der von ihr behaupteten 7-Tages-Inzidenz tatsächlich um infizierte Personen im Sinne des Infektionsschutzgesetzes handelt, d.h. um Personen, die nachweislich ein vermehrungsfähiges Agens aufgenommen haben und dieses Agens sich auch tatsächlich in deren Organismus aktuell vermehrt oder entwickelt.**

Soweit sie einen solchen Vortrag sodann auch versichert, darf das Verwaltungsgericht sich im Rahmen eines einstweiligen Rechtsschutzes darauf verlassen, so dass der Antrag wohl zurückzuweisen wäre. Allerdings wäre hierdurch eine durch das Grundgesetz gedeckte rechtmäßige Versammlung rechtswidrig verhindert worden, was – für den Fall, dass der Vortrag der Gegenseite entsprechend ergehen würde – sowohl strafbar sein dürfte, als auch entsprechende gemeinschaftsrechtliche Haftungsfragen nach sich ziehen dürfte.

Gleichsam gilt das Vorstehende auch für das je zuständige Gericht, sollte es einen entsprechenden Vortrag durch die Antragstellerin nicht einfordern.

Vorsorglich wird darauf hingewiesen, dass gem. § 7 Siebte Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (7. BayIfSMV) die Bestimmungen über Teilnehmerzahlen, Pflicht zur Mund-Nasen-Bedeckung und Verbot einer sich fortbewegenden Versammlung ausdrücklich „Kann-Vorschriften“ sind, die in der Regel zu beachten sind, mithin die Antragsgegnerin aufgrund ihrer tatsächlich vorliegender Erkenntnisse entsprechende Regeln nur unter strenger Beachtung des Versammlungsrechts vorgeben darf. Insofern hat die Antragsgegnerin immer nach den vorgenannten Maßgaben zu prüfen:

- **Gibt es überhaupt infizierte Personen?**
- **Wie ist die Belastung der Gesundheitsbehörden in Bezug auf einen richtigen Umgang (nach den Vorgaben des RKI) mit Infizierten zu bewerten?**
- **Wie ist die Belastungssystem des Gesundheitssystems?**

Soweit diese Fragestellungen nicht in eine Prüfung mit einbezogen werden, ist von einem Ermessensnichtgebrauch auszugehen.

§ 7 Abs. 1 S. 1 7. BayIfSMV ist verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass das exekutiv formulierte „muss“ wie das in § 1 Abs. 1 benannte „Wo immer möglich“ zu lesen ist. Die Antragsgegnerin hat mithin auch hier die Möglichkeit von der Verordnung rechtskonform abzuweichen. Eine Verpflichtung zum Mindestabstand ohne dass hierdurch auch nur im Ansatz eine unmittelbare oder überhaupt eine Gefahr ersichtlich sein könnte, ist ein verfassungswidriger Eingriff in den Kernbereich des Versammlungsrechts, der per se nichtig und damit nicht anwendbar ist. Ein rein formales rekurriert auf § 7 Abs. 1 7. BayIfSMV entbindet weder das Gericht, noch die Antragsgegnerin von einem verfassungstreuen Verhalten und führt unter Anwendung der sog. Radbruch'schen Formel sowohl zu einer strafrechtlichen als auch zu einer haftungsrechtlichen Verantwortlichkeit.

Die vorgenannten Fragestellungen münden letztlich in gemeinschaftsrechtliche Haftungsfolgen und strafrechtliche Konsequenzen. Diese ergeben sich aus dem Folgenden:

Neben den nationalen Staatshaftungsansprüchen besteht auch eine gemeinschaftsrechtliche Haftung für die fehlerhafte Anwendung des Rechts der EU. Nach dem im Rahmen richterlicher

Rechtsfortbildung entwickelten Grundsatz der Haftung der Mitgliedstaaten haften diese in Fällen der Missachtung von EU-Recht.

Voraussetzung für einen gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch ist zunächst die Verletzung einer EU-Rechtsnorm oder eines Rechtsaktes, die nicht nur der Allgemeinheit zu dienen bestimmt sind, sondern zumindest auch im Interesse des einzelnen Bürgers ergangen sind, ihm mithin Rechte verleihen. Als EU-Rechtsnormen und -akte kommen das primäre Unionsrecht und das sekundäre Unionsrecht, d.h. das auf der Grundlage des primären Unionsrechts, Art. 288 AEUV, geschaffene Recht, also Verordnungen, Richtlinien und Beschlüsse, in Betracht.

Als primäres Unionsrecht ist vorliegend insbesondere die Grundrechtecharta der Union zu nennen, in der die Gesamtheit der bürgerlichen, politischen, wirtschaftlichen und sozialen Rechte der Bürgerinnen und Bürger sowie aller im Hoheitsgebiet der Union lebenden Personen zusammengefasst sind.

Die Grundrechtecharta geht in einigen Punkten über den Grundrechtskatalog des deutschen Grundgesetzes hinaus. Beispielsweise garantiert die Charta den Bürgerinnen und Bürgern ein Recht auf eine gute Verwaltung (Art 41 Grundrechtecharta). Die Verwaltung muss ihre Entscheidungen begründen. Sie muss einen Schaden, der einem Bürger oder einer Bürgerin durch ihre Organe oder Bediensteten in Ausübung ihrer Amtstätigkeit verursacht wurde, ersetzen. Darüber hinaus sind folgende Grundrechte zu nennen, die durch die deutsche Corona-Politik tangiert sind. In kursiver Schrift sind Beispiele angeführt, in denen das betreffende Grundrecht durch die Corona-Schutz-Maßnahmen tangiert ist.

Art. 3 Recht auf Unversehrtheit

(1) Jeder Mensch hat das Recht auf körperliche und geistige Unversehrtheit

Durch die Corona-Politik hat sich beispielsweise die Selbstmordrate drastisch erhöht.

Art 4 Verbot der Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung
Niemand darf der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung unterworfen werden.

Durch die Verpflichtung zum Tragen von Masken im Unterricht müssen Schüler und Schülerinnen Qualen erleiden.

Art 8 Schutz personenbezogener Daten

(1) Jede Person hat das Recht auf Schutz der sie betreffenden personenbezogenen Daten.

(2) Diese Daten dürfen nur nach Treu und Glauben für festgelegte Zwecke und mit Einwilligung der betroffenen Personen oder auf einer sonstigen gesetzlichen geregelten legitimen Grundlage verarbeitet werden. Jede Person hat das Recht Auskunft über die sie betreffenden erhobenen Daten zu erhalten und die Berichtigung der Daten zu erwirken

Durch das Abfragen von personenbezogenen Daten beim Restaurant-Besuch sowie die Verpflichtung zur Vorlage von Attesten gegenüber beispielsweise Supermarktmitarbeitern werden Daten verarbeitet, ohne dass hierfür eine gesetzlich geregelte Grundlage besteht.

Art. 11 Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit

(1) Jede Person hat das Recht auf freie Meinungsäußerung. Dieses Recht schließt die Meinungsfreiheit und die Freiheit ein, Informationen und Ideen ohne behördliche Eingriffe und ohne Rücksicht auf Staatsgrenzen zu empfangen und weiterzugeben.

(2) Die Freiheit der Medien und ihre Pluralität werden geachtet.

Gerichte, die das willkürliche Löschen von Youtube-Videos durch die Google Ireland Ltd. Nicht untersagen, missachten die Meinungsäußerungsfreiheit.

Art 12 Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit

(1) Jede Person hat das Recht, sich insbesondere im politischen, gewerkschaftlichen und zivilrechtlichen Bereich auf allen Ebenen frei und friedlich mit anderen zu versammeln und frei mit anderen zusammenzuschließen, was das Recht jeder Person umfasst, zum Schutz ihrer Interessen Gewerkschaften zu gründen und Gewerkschaften beizutreten.

Versammlungsverbote verstößen gegen die Versammlungsfreiheit, insbesondere wenn hierdurch die Versammlung von Menschen mit einer bestimmten Gesinnung verboten wird.

Art 13 Freiheit der Kunst und der Wissenschaft

Kunst und Forschung sind frei. Die akademische Freiheit wird geachtet.

Durch das den Künstlern auferlegte Berufsverbot wird die Kunstfreiheit missachtet.

Art 14 Recht auf Bildung

- (1) Jede Person hat das Recht auf Bildung sowie auf Zugang zur beruflichen Ausbildung und Weiterbildung.
- (2) Dieses Recht umfasst die Möglichkeit, unentgeltlich am Pflichtunterricht teilzunehmen.
- (3) Die Freiheit zur Gründung von Lehranstalten unter Achtung der demokratischen Grundsätze sowie das Recht der Eltern, die Erziehung und den Unterricht ihrer Kinder entsprechend ihren eigenen religiösen, weltanschaulichen und erzieherischen Überzeugungen sicherzustellen, werden nach den einzelstaatlichen Gesetzen geachtet, welche ihre Ausübung regeln. Durch den Ausschluss von Schülern und Schülerinnen vom Präsenzunterricht, weil sie keine Maske tragen können oder wollen, wird das Recht, unentgeltlich am Pflichtunterricht teilzunehmen, missachtet.

Art 15 Berufsfreiheit und Recht zu arbeiten

- (1) Jede Person hat das Recht, zu arbeiten und einen frei gewählten oder angenommenen Beruf auszuüben.

Art 16 Unternehmerische Freiheit

Die unternehmerische Freiheit wird nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten anerkannt

Durch die diversen Berufszweigen erteilten Berufsverbote wird das Recht, zu arbeiten, als auch die Unternehmerische Freiheit missachtet.

Art 17 Eigentumsrecht

- (1) Jede Person hat das Recht, ihr rechtmäßig erworbene Eigentum zu besitzen, zu nutzen, darüber zu verfügen und es zu vererben. Niemand darf sein Eigentum entzogen werden, es sei denn aus Gründen des öffentlichen Interesses in den Fällen und unter den Bedingungen, die in einem Gesetz vorgesehen sind, sowie gegen eine rechtzeitige angemessene Entschädigung für den Verlust des Eigentums. Die Nutzung des Eigentums kann gesetzlich geregelt werden, soweit dies für das Wohl der Allgemeinheit erforderlich ist.

- (2) Geistiges Eigentum wird geschützt.

Durch die zwangsweise Schließung diverser Gewerbe sowie das Veranstaltungsverbot wird das Eigentumsrecht tangiert. Ferner wird Künstlern durch das Veranstaltungsverbot die Promotion ihres geistigen Eigentums zumindest deutlich erschwert.

Art 21 Nichtdiskriminierung

- (1) Diskriminierungen insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der ethnischen oder sozialen Herkunft, der genetischen Merkmale, der Sprache, der Religion oder der Weltanschauung, der politischen oder sonstigen Anschauung, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung sind verboten.

Wenn Gerichte die tausendfach von Gewerbetreibenden erteilten Hausverbote gegenüber Menschen, die aufgrund einer Behinderung oder chronischen Erkrankung keine Maske tragen können, nicht untersagen, wird der Schutz vor Diskriminierung missachtet.

Artikel 24 Rechte des Kindes

- (1) Kinder haben Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge, die für ihr Wohlergehen notwendig sind. Sie können ihre Meinung frei äußern. Ihre Meinung wird in den Angelegenheiten, die sie betreffen, in einem ihrem Alter und ihrem Reifegrad entsprechenden Weise berücksichtigt.

- (2) Bei allen Kinder betreffenden Maßnahmen öffentlicher Stellen oder privater Einrichtungen muss das Wohl des Kindes eine vorrangige Erwägung sein.

Durch die Verpflichtung zum Tragen von Masken im Unterricht müssen Schüler und Schülerinnen Qualen erleiden.

Artikel 25 Recht älterer Menschen

Die Union anerkennt und achtet das Recht älterer Menschen auf ein würdiges und unabhängiges Leben und auf Teilnahme am sozialen und kulturellen Leben.

Durch die Isolierung von älteren Menschen wird ihnen ein unwürdiges Leben aufgezwungen.

Artikel 26 Integration von Menschen mit Behinderung

Die Union anerkennt und achtet den Anspruch von Menschen mit Behinderung auf Maßnahmen zur Gewährleistung ihrer Eigenständigkeit, ihrer sozialen und beruflichen Eingliederung und ihrer Teilnahme am Leben der Gemeinschaft.

Wenn Gerichte die tausendfach von Gewerbetreibenden erteilten Hausverbote gegenüber Menschen, die aufgrund einer Behinderung keine Maske tragen können, nicht untersagen, wird ihnen die Teilnahme am Leben in der Gemeinschaft unmöglich gemacht.

Artikel 30 Schutz bei ungerechtfertigter Entlassung

Jede Arbeitnehmerin und jeder Arbeitnehmer hat nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten Anspruch auf Schutz vor ungerechtfertigter Entlassung.

Wenn Gerichte die willkürlichen Entlassungen von Arbeitnehmern, die aufgrund von gesundheitlichen Beeinträchtigungen die Maske nicht tragen können, oder die ihr Recht auf politische Meinungsäußerung auf einer Versammlung wahrgenommen haben, nicht untersagen, wird der Schutz bei ungerechtfertigter Entlassung missachtet.

Artikel 31 Gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen

(1) Jede Arbeitnehmerin und jeder Arbeitnehmer hat das Recht auf gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen.

Die Verpflichtung zum ganztägigen Tragen von Masken am Arbeitsplatz missachtet das Recht auf gesunde Arbeitsbedingungen.

Artikel 35 Gesundheitsschutz

Jeder Mensch hat das Recht auf Zugang zur Gesundheitsvorsorge und auf ärztliche Versorgung nach Maßgabe der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten. Bei der Festlegung und Durchführung der Politik und Maßnahmen der Union in allen Bereichen wird ein hohes Gesundheitsschutzniveau sichergestellt.

Wenn Gerichte die Weigerung von Ärzten, Menschen, denen das Tragen der Maske aus gesundheitlichen Gründen nicht möglich ist, zu behandeln, nicht untersagen, wird das Recht auf Zugang zur Gesundheitsversorgung missachtet.

Artikel 36 Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (z.B. Post, öffentlicher Verkehr, Gesundheitsversorgung)

Die Union anerkennt und achtet den Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, wie er durch die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten im Einklang mit den Verträgen geregelt ist, um den soziale und territorialen Zusammenhalt der Union zu fördern

Wenn Gerichte die Weigerung der öffentlichen Nahverkehrsbetriebe und/oder der Bundesbahn, Menschen, denen aus gesundheitlichen Gründen das Tragen einer Maske nicht möglich ist, nicht untersagen, wird das Recht auf Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse missachtet.

Artikel 45 Freizügigkeit und Aufenthaltsfreiheit

(1) Die Unionsbürgerinnen und Unionsbürger haben das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten.

(2) Staatsangehörigen von Drittländern, die sich rechtmäßig im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats aufhalten, kann nach Maßgabe der Verträge Freizügigkeit und Aufenthaltsfreiheit gewährt werden.

Die Beschränkungen der Reisefreiheit tangieren das Recht auf Freizügigkeit und Aufenthaltsfreiheit.

Artikel 47 Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht

Jede Person, deren durch das Recht der Union garantierte Rechte oder Freiheiten verletzt worden sind, hat das Recht, nach Maßgabe der in diesem Artikel vorgesehenen Bedingungen bei einem Gericht einen wirksamen Rechtsbehelf einzulegen.

Jede Person hat ein Recht darauf, dass ihre Sache von einem unabhängigen, unparteiischen und zuvor durch Gesetz errichtetem Gericht und einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. Jede Person kann sich beraten, verteidigen und vertreten lassen.

Unangemessen lange Verzögerungen in den Gerichtsverfahren tangieren das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf. Jede politisch motivierte Entscheidung tangiert das Recht auf ein unparteiisches Gericht.

Im Falle eines hinreichend qualifizierten Verstoßes gegen EU-Recht haftet der Mitgliedsstaat für den kausal verursachten Schaden. Der Haftungsanspruch ist verschuldensunabhängig. Der Schaden muss voll ersetzt werden. Umfasst ist auch der entgangene Gewinn.

Vorliegend sind im Wesentlichen Art. 12 und Art. 47 betroffen. Das Grundrecht auf Versammlungsfreiheit ist zu garantieren. Insbesondere darf der Staat auch nicht in die Entscheidungsfreiheit der Menschen eingreifen.

Weiterhin ist der Staat verpflichtet, effektiven Rechtsschutz zu gewähren. Der Antragsteller hat hinreichend plausibel gemacht, dass der Freistaat, das Gesundheitsamt der Antragsgegnerin und die Versammlungsbehörde von falschen Prämissen ausgehen und in der Ermittlung von Tatsachen von den Empfehlungen und Vorgaben des Robert-Koch-Instituts und von den Legaldefinitionen des IfSG abweichen. Eine Verordnung, die mit ihrer Ermächtigungsgrundlage nicht übereinstimmt, ist rechtswidrig. Erforderlich für die Anwendung der 7. BayIfSMV ist das Vorliegen infizierter Personen in einer Zahl, dass Maßnahmen gegenüber diesen Personen nicht mehr erfolgversprechend sein können.

Diese Zahlen kann das Gesundheitsamt der Antragsgegnerin problemlos unmittelbar vorlegen, denn auf ihnen basieren sämtliche Maßnahmen. Diese Zahlen und Daten kann die Antragsgegnerin auch versichern, um auf diese Art und Weise Waffengleichheit herzustellen.

Eingriffe – wie hier ein Verbot einer Versammlung – darf nicht auf Mutmaßungen beruhen, sondern muss mit Fakten unterlegt sein. Eine unmittelbare Gefährdung ergibt sich nicht aus Annahmen, sondern aus Tatsachenwissen.

Soweit die Antragsgegnerin von 15.800 Erkrankten ausgeht, wird Sie aufgefordert, diese Aussage noch einmal zu konkretisieren. Insbesondere zu erklären, wie sie die Erkrankung ermittelt hat. Erkrankung ist ebenfalls in § 2 IfSG legal definiert: Eine Person, die an einer übertragbaren Krankheit erkrankt, mithin symptomatisch, ist. Die Antragsgegnerin mag diesen Vortrag noch einmal überprüfen oder gerichtlich versichern.

Soweit das erkennende Gericht diese Tatsachen von der Antragsgegnerin nicht einfordert, handelt es sich nicht mehr um ein neutrales, unabhängiges Gericht, sondern werden im Sinne von Art. 47 politische Entscheidungen getroffen. In diesem Fall sind gemeinschaftsrechtliche Konsequenzen unumgehbar und wird die Anwendbarkeit der Radbruch'schen Formel eröffnet.

Der Rechtsphilosoph Gustav Radbruch hat formuliert:

„Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als ‚unrichtiges Recht‘ der Gerechtigkeit zu weichen hat. Es ist unmöglich, eine schärfere Linie zu ziehen zwischen den Fällen des gesetzlichen Unrechts und den trotz unrichtigen Inhalts dennoch geltenden Gesetzen; eine andere Grenzziehung aber kann mit aller Schärfe vorgenommen werden: wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebgt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Setzung positiven Rechts bewußt verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur ‚unrichtiges‘ Recht, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur. Denn man kann Recht, auch positives Recht, gar nicht anders definieren als eine Ordnung und Satzung, die ihrem Sinne nach bestimmt ist, der Gerechtigkeit zu dienen.“

Gustav Radbruch: Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. SJZ 1946, 105 (107).

Soweit mithin aus diesem Verfahren sich ergeben könnte, dass die Maßnahmen mangels einer validen Datenbasis sowohl von der Frage einer Eingriffserlaubnis, als auch in Bezug auf eine Ermächtigungsgrundlage für die Art des Eingriffs und in Bezug auf eine Datengrundlage für die

Intensität des Eingriffs, als „unerträglich ungerecht“ anzusehen sind, wäre im Sinne der vorgenannten Radbruch'schen Formel die Voraussetzung einer Strafbarkeit gegeben. Der Unterzeichner weist noch einmal ausdrücklich darauf hin, dass nur der Nachweis von infizierten Personen überhaupt Maßnahmen rechtfertigen kann. Aktuell wird auf Personen, die lediglich Sequenzen viraler RNA aufweisen, fehlerhaft der Begriff der Infektion angewendet und hierauf Maßnahmen gestützt, die erhebliche Grundrechtsbeschränkungen mit sich bringen. Bei einer richtigen Anwendung des Begriffs der „Infektion“ nämlich „die Aufnahme eines Krankheitserregers **und** seine nachfolgende Entwicklung oder Vermehrung im menschlichen Organismus“ auf die Ermittelten Personen mit Verdacht auf einen Kontakt mit einem Sars-CoV-2-Virus, würde die Antragsgegnerin weder eine Verbotsverfügung erlassen, noch Auflagen vorgeben können.

Die Antragsgegnerin ist darlegungs- und beweisbelastet für das Vorliegen einer unmittelbaren Gefahr. Sie wird eine solche Gefahr aktuell weder darlegen, geschweige den Beweisen oder glaubhaft machen können, ohne sich in die Gefahr einer Strafbarkeit zu begeben. Für diesen Fall gilt der Grundsatz, dass ein Eingriff in die Freiheitsrechte rechtswidrig ist.

Aus dem Vorgenannten ergibt sich, dass der Antragsteller einen Anordnungsanspruch hat. Aus diesem ergibt sich auch der Anordnungsgrund. Insofern ist antragsgemäß zu entscheiden.

Rechtsanwaltskanzlei Steve Winkler & Partner
durch

Ralf Ludwig
Rechtsanwalt