

Rechtsanwalt [REDACTED] Rxxxxxx

Mail: ra-xxxxxx

Az.: 20/102

An den
Bayerischen Verwaltungsgerichtshof
Postfach 34 01 48
80098 München

Nur per beA

EILT! BITTE SOFORT VORLEGEN! ANTRAG IM EINSTWEILIGEN RECHTSSCHUTZ!

2. Oktober 2020

In dem Verwaltungsrechtsstreit

[REDACTED]

- Antragstellerin-

Verfahrensbevollmächtigter:

Rechtsanwalt [REDACTED] Reimann, [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

gegen

Freistaat Bayern, vertreten durch das Bayerische Staatsministerium für Gesundheit und Pflege, Haidenauplatz 1, 81667 München, dieses vertreten durch Staatsministerin Melanie Huml

- **Antragsgegner** -

wegen einstweiliger Anordnung gegen den Vollzug von Bestimmungen der 6. Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung

wird angezeigt, dass die Antragstellerin vom Unterzeichner vertreten wird. Eine Kopie der Anwaltsvollmacht ist als **Anlage A1** beigefügt.

Namens und im Auftrag der Antragstellerin wird beantragt:

1. **Der Vollzug der § 8 S. 1, § 12 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 Hs. 1 und S. 2, Abs. 2, Abs. 4 S. 3, § 22 Nr. 4 der 6. Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (6. BayIfSMV) vom 19. Juni 2020 (BayMBl. Nr. 348, BayRS 2126-1-10-G), die zuletzt durch § 1 der Verordnung vom 22. September 2020 (BayMBl. Nr. 535) geändert worden ist, wird ausgesetzt.**
2. **Der Antragsgegner trägt die Kosten des Verfahrens.**

Zur Begründung wird ausgeführt:

Die Antragstellerin wendet sich gegen den Vollzug einiger Normen der 6. BayIfSMV, die das Tragen eines Mund-Nasen-Schutzes im öffentlichen Personen- und -fernverkehr sowie bei Einkaufssituationen im Alltag vorschreibt.

Vorbemerkung:

Die Antragstellerin ist Diplom-Psychologin und möchte vorab folgende Aspekte betonen:

Die Alltagsmaske ist das Symbol der Pandemie. An ihr scheiden sich die Geister (vgl. die Titelstory des SPIEGEL vom 14. August 2020: „Der Zünd-Stoff“), ihre Wirksamkeit zur Bekämpfung der Ausbreitung von Covid-19 ist dabei keinesfalls gesichert. Dennoch ist die Maske inzwischen im Alltag der Menschen zur Gewohnheit geworden. In gleicher Weise scheinen die Gerichte die Maskenpflicht

bereits aus Gewohnheit, fast reflexartig, jedenfalls oft ohne die gebotene detaillierte Prüfung der juristischen und wissenschaftlichen Hintergründe, zu billigen.

Der vorliegende Antrag wird in Kenntnis der bisherigen Rechtsprechung der Verwaltungs- und Oberverwaltungsgerichte gestellt. Diese haben bislang nahezu einhellig die Verfassungsmäßigkeit der Maskenpflicht bestätigt. Mit jeder billigen Entscheidung wird die Hürde für das zeitlich darauffolgende zur Entscheidung berufene Gericht höher, zu einem anderen Ergebnis zu kommen. Diese sog. Pfadabhängigkeit ist in der Corona-Rechtsprechung besonders ausgeprägt.

Es gibt bereits eine Art „Tabu“, das Tragen eines Mund-Nasen-Schutzes juristisch in Frage zu stellen. Angesichts des politisch und medial – viel weniger wissenschaftlich – stark aufgebauten und propagierten „MNS-Dogmas“ wird es besonders schwerfallen, an der Autorität des Schulterschlusses zu rütteln. Der Mund-Nasen-Schutz wird derart idealisiert, dass es kaum möglich ist, sich in der Situation der gesellschaftlichen Spaltung noch auf die „andere Seite“ zu bewegen, ohne stigmatisiert zu werden. Dies führt zu einem sehr hohen Risiko eines nicht mehr rationalen Urteils. Auch ist das sozialpsychologische Prinzip des Konformismus zu beachten, nach welchem ein Gruppendruck entstanden ist, der einen Richter zu gleichen Urteilen drängt wie die von anderen Richtern. Beobachtbar ist auch ein sog. moralisches Disengagement: Begriffe und Moralvorstellungen wurden politisch neu gekoppelt (nicht aus vorwiegend wissenschaftlichen Gründen, sondern aus politischen Motiven): Wer greift schon ein „Schutzkonzept“ an, einen „Mund-Nasen-Schutz“, der als „solidarisch“ gilt?

Das Gericht wird daher ermuntert, die hier vorgetragenen Sachlage sowie die rechtlichen Argumente unvoreingenommen zu betrachten und ggf. einen bislang von der Rechtsprechung eingenommenen falschen Weg zu korrigieren.

A.

Wie mit diesem Antrag auf Aussetzung des Vollzugs einiger Vorschriften der 6. BayIfSMV gezeigt wird, verstößt die Maskenpflicht im öffentlichen Personennah- und -fernverkehr sowie bei alltäglichen Situationen des Einkaufens und des Inanspruchnehmens von Dienstleistungen gegen zahlreiche Grundrechte der Antragstellerin und weitere verfassungsrechtliche Prinzipien. Die Außervollziehung der Maskenpflicht in diesen Bereichen ist daher zur Abwehr schwerer Nachteile der Antragstellerin dringend geboten, § 47 Abs. 6 VwGO.

Da die Hauptsache zulässig und begründet wäre, trifft dies auch auf den gegenständlichen Antrag zu. Dieser ist ebenfalls zulässig (siehe unten C.) und bezüglich zahlreicher Grundrechtsverletzungen der Antragstellerin auch begründet (siehe unten D.). Die Maskenpflicht ist unverhältnismäßig, da die Maske bereits nicht geeignet (siehe unten D.III.1), jedenfalls aber nicht erforderlich ist (siehe unten D.III.2), um das Pandemiegeschehen zu beeinflussen und die Ausbreitung von Covid-19 einzudämmen. Die Maskenpflicht ist auch nicht im engeren Sinne angemessen, da i. die von ihr verursachten Schäden bislang nicht in Betracht gezogen wurden (Abwägungsausfall), ii. eine Gefährdung zahlreicher Menschen sowie eine Überbelastung des Gesundheitssystems nicht ersichtlich ist, iii. die Maßnahmen andauern und daher der Einschätzungsspielraum des Verordnungsgewehrs eingeschränkt ist, und iv. der Parlamentsvorbehalt/Wesentlichkeitsgrundsatz sowie das Bestimmtheitsgebot verletzt sind (siehe unten D.III.3).

Weiterhin begegnet die 6. BayIfSMV schwerwiegenden rechtsstaatlichen Bedenken, da es durch die ungeprüfte Verwendung der epidemiologischen Erkenntnisse des Robert-Koch-Instituts auch zu einer verfassungsrechtlich nicht weiter hinzunehmenden Rechtsschutzlücke kommt (siehe unten D.IV).

Sollte das Gericht eine Folgenabwägung für notwendig erachten, so wird vorsorglich vorgetragen, dass es auch in deren Rahmen zu keinem anderen Ergebnis kommen können wird (siehe unten E.).

Die Antragstellerin wendet sich im Wege der einstweiligen Anordnung gem. § 47 Abs. 6 VwGO gegen den Vollzug folgender Normen der 6. BayIfSMV vom 19. Juni 2020 (BayMBI. Nr. 348, BayRS 2126-1-10-G), die zuletzt durch § 1 der Verord-

nung vom 22. September 2020 (BayMBl. Nr. 535) geändert worden ist und nunmehr bis zum 3. Oktober 2020 gilt:

§ 8 S. 1:

„Im öffentlichen Personennah- und -fernverkehr und den hierzu gehörenden Einrichtungen besteht für Fahr- und Fluggäste sowie für das Kontroll- und Servicepersonal, soweit es in Kontakt mit Fahr- und Fluggästen kommt, Maskenpflicht.“

§ 12 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 Hs. 1:

„Für Betriebe des Groß- und Einzelhandels mit Kundenverkehr gilt: [...] Für das Personal, die Kunden und ihre Begleitpersonen gilt Maskenpflicht [...]“

§ 12 Abs. 1 S. 2

„Für Einkaufszentren gilt:

1. Hinsichtlich der einzelnen Ladengeschäfte gilt Satz 1.

2. Hinsichtlich der verbindenden Kundenpassagen gilt Satz 1 mit der Maßgabe entsprechend, dass das Schutz- und Hygienekonzept die gesamten Kundenströme des Einkaufszentrums berücksichtigen muss.“

§ 12 Abs. 2:

„Für Dienstleistungsbetriebe mit Kundenverkehr gilt Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 3 und 4 mit der Maßgabe entsprechend, dass die Maskenpflicht auch insoweit entfällt, als die Art der Dienstleistung sie nicht zulässt.“

§ 12 Abs. 4 S. 3:

[Wochenmärkte und andere Märkte zum Warenverkauf unter freiem Himmel [...] sind zulässig]. [...] „Für das Verkaufspersonal, die Kunden und ihre Begleitpersonen gilt Abs. 1 Nr. 3 entsprechend.“

§ 22 Nr. 4:

„Ordnungswidrig im Sinne des § 73 Abs. 1a Nr. 24 IfSG handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig [...] entgegen §§ [...] 8 [...] oder entgegen §§ 12 [...] als Besucher, Kunde, Begleitperson oder Gast der Maskenpflicht nicht nachkommt.“

B.

Hinsichtlich des Prüfungsmaßstabes im einstweiligen Rechtsschutz gem. § 47 Abs. 6 VwGO hat der BayVGH zuletzt u.a. ausgeführt (BayVGH, Beschl. v. 8. September 2020 – 20 NE 20.1981):

„Prüfungsmaßstab im Verfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO sind nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in erster Linie die Erfolgsaussichten des in der Hauptsache anhängigen Normenkontrollantrags, soweit sich diese im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes bereits absehen lassen (vgl. BVerwG, B.v. 25.2.2015 – 4 VR 5.14 – juris Rn. 12; zustimmend OVG NW, B.v. 25.4.2019 - 4 B 480/19.NE - juris Rn. 9).

Ergibt demnach die Prüfung der Erfolgsaussichten der Hauptsache, dass der Normenkontrollantrag voraussichtlich unzulässig oder unbegründet sein wird, ist der Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten. Erweist sich dagegen, dass der Antrag zulässig und (voraussichtlich) begründet sein wird, so ist dies ein wesentliches Indiz dafür, dass der Vollzug bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache suspendiert werden muss [...].

Lassen sich die Erfolgsaussichten des Normenkontrollverfahrens im Zeitpunkt der Entscheidung über den Eilantrag nicht (hinreichend) abschätzen, ist über den Erlass einer beantragten einstweiligen Anordnung im Wege einer Folgenabwägung zu entscheiden: Gegenüberzustellen sind die Folgen, die eintreten würden, wenn eine einstweilige Anordnung nicht erginge, das Hauptsacheverfahren aber Erfolg hätte, und die Nachteile, die entstünden, wenn die begehrte einstweilige Anordnung erlassen würde, das Normenkontrollverfahren aber erfolglos bliebe. Die für den Erlass der einstweiligen Anordnung sprechenden Erwägungen müssen die gegenläufigen Interessen dabei deutlich überwiegen, mithin so schwer wiegen, dass

der Erlass der einstweiligen Anordnung § trotz offener Erfolgsaussichten der Hauptsache § dringend geboten ist (vgl. BVerwG, B.v. 25.2.2015 § 4 VR 5.14 § juris Rn. 12).“

Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze wird dem Antrag bereits deshalb zu entsprechen sein, da ein Normenkontrollantrag in der Hauptsache voraussichtlich zulässig (siehe unten Ziff. C.) und begründet (siehe unten Ziff. D.) wäre.

Sollte das Gericht die Erfolgsaussichten eines Normenkontrollantrages in der Hauptsache als offen betrachten, so wird vorsorglich auch darauf hingewiesen, dass die dann gebotene Folgenabwägung zu Gunsten der Antragstellerin ausfallen muss (siehe unten Ziff. E.).

C.

Der Antrag ist zulässig.

Dies ist bei einem Antrag im einstweiligen Rechtsschutz ohne gleichzeitiges Einlegen des Normenkontrollantrages in der Hauptsache grundsätzlich dann der Fall, wenn der Normenkontrollantrag nach summarischer Prüfung zulässig wäre (vgl. hierzu *Giesberts*, in: BeckOK VwGO, 54. Ed., Stand 1. Juli 2020, § 47 VwGO Rn. 89 m. w. N.).

I. **Antragstellerin ist antragsbefugt gem. § 47 Abs. 2 VwGO**

Diese Voraussetzungen liegen vor, insbesondere ist die Antragstellerin antragsbefugt i. S. d. § 47 Abs. 2 VwGO. Die Antragsbefugnis ist gegeben, da die Antragstellerin hinreichend substantiiert darlegen kann, dass sie durch die angegriffenen Rechtsvorschriften möglicherweise in einer ihr zustehenden Rechtsposition verletzt wird (vgl. BVerwG, Beschl. v. 17. Juli 2019 – 3 BN 2.18).

1. **Sachverhaltsdarstellung und Glaubhaftmachung zur Antragsbefugnis**

Wie später noch en detail auszuführen sein wird, leidet die Antragstellerin unmittelbar unter Kurzatmigkeit, Herzrasen und Stressreaktionen, wenn sie eine Mund-Nasen-Bedeckung tragen muss (**Glaubhaftmachung**: Eidesstattliche Versicherung der Antragstellerin vom 20. Sep-

tember 2020 sowie Ergänzung hierzu vom 21. September 2020, beigefügt als **Anlage A2**).

Wegen kardiologischer Dysregulation, die in einer ärztlichen Untersuchung einschließlich EKG verifiziert wurde, sowie Atemproblemen und Kopfschmerzen ist die Antragstellerin seit dem 16. Juni 2020 deshalb durch ärztliches Attest von der Maskenpflicht befreit (Ärztliches Attest vom 16. Juni 2020, beigefügt als **Anlage A3**).

Die Befreiung von der Maskenpflicht stellt jedoch keine wirkliche Erleichterung dar. Die mittelbaren sozialen Folgen der Maskenpflicht treffen die Antragstellerin hart. Macht sie von der medizinisch begründeten Befreiung zum Tragen der Maske Gebrauch, sieht sie sich ständig Angriffen und Verunglimpfungen ausgesetzt, die hier nur beispielhaft angeführt werden:

„Alle, die keine Maske tragen, sollen sterben!“

„Wenn Sie keine Maske tragen, müssen Sie mindestens 5m Abstand halten. Ich muss mich vor Ihnen schützen!“

„Es geht um mein Leben!“

„Ach, alle Atteste sind doch eh gefälscht, das hat die Tagesschau doch rausgefunden!“

„Wenn ich hier Ladenbesitzer wäre, würde ich Sie hochkant rauschmeißen.“

Aus diesem Grund sieht sich die Antragstellerin trotz diverser Ausweichstrategien genötigt, die nachweisbaren negativen medizinischen Auswirkungen des Masketragens hinzunehmen und die Maske doch in häufigen Situationen aufzusetzen, was mit den oben bereits beschriebenen Folgen einher geht.

Auch die vom Ordnungsgeber geregelte Möglichkeit, sich mit ärztlichem Attest von der Maskenpflicht befreien zu lassen, schafft keine Abhilfe. Um den ständigen Anfeindungen beim Einkaufen und beim Fahren mit

den öffentlichen Verkehrsmitteln zu entgehen – die Antragstellerin besitzt keine Fahrerlaubnis – muss sie sich seit Monaten stark einschränken.

Sie vermeidet Einkäufe soweit es geht und ist auch in ihrer Berufsausübung beschränkt. Das „Centrum für Integrative Psychotherapie“, ein Psychotherapeutisches Weiterbildungsinstitut in München, das die Antragstellerin vormals regelmäßig besucht hat, befindet sich zweieinhalb Zugstunden von ihrem Wohnort entfernt. Aufgrund steigender sozialer Spannungen verzichtet die Antragstellerin, die nie eine Kfz-Fahrerlaubnis erworben hat, seit dem 4. Juli 2020 auf diese Besuche aufgrund der als spannungsreich antizipierten langen Zugfahrten.

Ebenso verhält es sich mit nicht zwingend notwendigen Ladenbesuchen. Lebensmittelläden besucht die Antragstellerin nur noch kurz vor Ladenschluss, um möglichst wenigen Mitmenschen, die potentiell ihre Spannung der Antragstellerin, die von der Maskenpflicht befreit ist, entgegenbringen wollen, zu begegnen. Andere Läden, wie Bekleidungsgeschäfte (mit Ausnahme eines einmaligen Schuhkaufs) und nicht zwingend zum Lebensnotwendigen gehörende Fachgeschäfte und Einrichtungen (Elektromärkte, Blumenläden, Restaurants) besucht die Antragstellerin seit Mitte April, letzteres seit Anfang Mai 2020, nicht mehr.

Aufgrund der sie sehr beeinträchtigenden Maskenverpflichtungen im öffentlichen Personenfernverkehr verzichtet die Antragstellerin sowohl auf berufliche Kongresse, aber auch seit April auf ihre regelmäßigen, zumeist quartalsweise, wenigstens aber halbjährlich stattfindenden Kurzkulturreisen nach Wien, die sie seit zehn Jahren unternimmt. Ihren seit vielen Jahren aktuell wieder drei Wochen am Stück genommenen Jahresurlaub verbringt sie, trotz eigentlichen „Fernwehs“, ebenfalls nur hierzulande.

Aber nicht einmal hierzulande kann sie Reisen noch genießen: Den Besuch einer Freundin und Kollegin in Rheinland-Pfalz verschob sie aufgrund des oben beschriebenen Stressfaktors dieser Zugreise mehrmals bis auf weiteres, und tut dies aktuell auch noch.

Schließlich muss die Antragstellerin auch darauf verzichten, ihre in Hannover wohnende Mutter zu besuchen, die – abgesehen von einer entfern-

ten Cousine – ihre einzige noch lebende Verwandte ist und die sie im gesamten Kalenderjahr 2020 noch nicht gesehen hat.

(Glaubhaftmachung für diese Umstände sowie eindrückliche Schilderung weiterer negativer Folgen der Maskenpflicht: Eidesstattliche Versicherung der Antragstellerin vom 20. September 2020 sowie Ergänzung hierzu vom 21. September 2020, beigelegt als **Anlage A2**, sowie Mail der Antragstellerin vom 22. September 2020, beigelegt als **Anlage A4**).

2. Möglichkeit der Verletzung von Grundrechten gegeben

Die unter Ziff. A. genannten Rechtsvorschriften, welche das Tragen einer Maske in Situationen des alltäglichen Lebens wie dem Nutzen öffentlicher Verkehrsmittel, dem Einkaufen und der Inanspruchnahme von Dienstleistungen vorschreiben, verletzen Grundrechte der Antragstellerin.

Alle in Ziff. A. zitierten Vorschriften verletzen die Antragstellerin durch die soeben dargestellten negativen Auswirkungen in ihrer Menschenwürde des Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG. Zudem wird die Antragstellerin in ihrem Recht auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG verletzt; der Antragsgegner kommt insoweit zudem auch nicht seiner verfassungsmäßigen Schutzpflicht zum Schutz der Gesundheit der Antragstellerin nach. Auch wird das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG sowie die allgemeine Handlungsfreiheit der Antragstellerin aus Art. 2 Abs. 1 GG verletzt.

Die Maskenpflicht im öffentlichen Personennah- und fernverkehr gem. § 8 S. 1 6. BayIfSMV verstößt zudem gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG, da die Antragstellerin im Vergleich mit Menschen, die eine Fahrerlaubnis besitzen, benachteiligt wird, ohne dass dies gerechtfertigt wäre.

II. Antragstellerin ist rechtsschutzbedürftig, da Vorgehen gegen Rechtsnorm keinen Verstoß gegen die Vorschrift erfordert

Auch bestehen keine Bedenken gegen das Rechtsschutzbedürfnis der Antragstellerin. Insbesondere ist es nicht erforderlich, einen Verstoß gegen eine der genannten Vorschriften zu provozieren, um dann im Rahmen der

Durchführung eines Klageverfahrens die inzidente Überprüfung der Norm zu veranlassen. Durch die hier beantragte Außervollzugsetzung der zum Tragen einer Maske verpflichtenden Regelungen der 6. BayIfSMV wird die Rechtsstellung der Antragstellerin signifikant verbessert.

D.

Der Antrag ist begründet, da die Erfolgsaussichten des Normenkontrollantrags in der Hauptsache gegeben sind. Die außer Vollzug zu setzenden Normen verletzen die Antragstellerin in mehreren Grundrechten und verstoßen darüber hinaus gegen weitere Bestimmungen des Grundgesetzes.

I. Verletzung der Menschenwürde des Art. 1 Abs. 1 GG

Durch die hier angegriffenen Bestimmungen der 6. BayIfSMV wird die in Art. 1 Abs. 1 GG garantierte Menschenwürde der Antragstellerin berührt und mithin verletzt.

Die Menschenwürde ist nach der gängigen Objektformel dann getroffen, wenn der Mensch zum Objekt, zum bloßen Mittel, zur vertretbaren Größe herabgewürdigt wird (vgl. Herdegen, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 90. EL Februar 2020, Art. 1 Rn. 36).

Sie schützt mit anderen Worten den sozialen Wert- und Achtungsanspruch des Menschen, der es verbietet, ihn zum bloßen Objekt des Staates zu machen oder ihn einer Behandlung auszusetzen, die seine Subjektivität prinzipiell in Frage stellt (vgl. bspw. BVerfG, Beschl. v. 20. Oktober 1992 – 1 BvR 698/89).

Vorliegend wird bereits der Wert- und Achtungsanspruch der Antragstellerin in Frage gestellt.

In einer Stellungnahme des Antragsgegners auf eine Anfrage bezüglich der Maskenpflicht durch eine Bekannte der Antragstellerin heißt es auf S. 2 unter anderem (Hervorhebung durch den Unterzeichner):

„Atemmasken führen dazu, dass der Teil der ausgeatmeten Luft, der unter der Maske verweilt, erneut eingeatmet wird. Dabei ist

sowohl der darin enthaltene Sauerstoffgehalt reduziert als auch der CO₂ Gehalt erhöht. Pathophysiologisch bedeutsam ist hier vorrangig der erhöhte CO₂ Gehalt, noch bevor der abgesenkte O₂ Gehalt Bedeutung erlangt. Diese Totraumvergrößerungen sind bei geformten Masken bei MNS ab 7 Jahren über einen begrenzten Zeitraum (übliche Zeitdauer eines Einkaufes bzw. einer Nahverkehrs-nutzung) sicher unbedenklich.“

(Vgl. hierzu Schreiben des Bayerischen Staatsministeriums für Gesundheit und Pflege vom 14. September 2020, beigelegt als **Anlage A5**)

Daraus folgt zunächst, dass der Antragsgegner wie selbstverständlich davon ausgeht, dass die Maske auf der biologischen/ physiologischen Ebene in die körperliche Unversehrtheit eingreift – hierzu später mehr.

Vielmehr und an dieser Stelle bedeutsam wird daraus aber ersichtlich, dass niemand – auch der Antragsgegner selbst nicht – wirklich sagen kann, *bis wann* bei welchen individuellen physiologischen Voraussetzungen das Tragen der Maske unbedenklich ist, solange es keine systematischen Studien dazu gibt. Der Antragsgegner selbst erwähnt in soeben zitiertem Schreiben nur die Unbedenklichkeit des Tragens einer Maske in der üblicherweise kurzen Zeit alltäglicher Erledigungen. Die Auswirkungen des ständigen Wiedereinatmens von verbrauchter Luft, welches mit dem stundenlangen Tragen der Maske jedenfalls bei der Nutzung des Fernverkehrs einher geht, werden nicht erwähnt. Es gibt nach der Einschätzung der Antragstellerin auch schlicht noch keine wissenschaftlich fundierten Erkenntnisse hierzu, obwohl der Antragsgegner seit Ausbruch der Pandemie und Einführung der Maskenpflicht vor gut einem halben Jahr genügend Zeit gehabt hätte, die Maskenpflicht mit Studienergebnissen zu fundieren.

Aus wissenschaftlicher Sicht stellt in Ermangelung belastbarer Studien die Pflicht zum Tragen einer Maske daher ein "Feldexperiment" mit Zwang zur Teilnahme durch die Bevölkerung dar. Dies geht aber keinesfalls mit der oben beschriebenen Definition der Menschenwürde konform, da die Antragstellerin – wie Millionen anderer Bürgerinnen und Bürger auch –

einer Behandlung ausgesetzt wird, die seine/ihre Subjektqualität prinzipiell in Frage stellt.

Rein vorsorglich wird nochmals darauf hingewiesen, dass auch die ärztliche Befreiung von der Maskenpflicht hier keine Abhilfe schaffen kann, da die Antragstellerin als Psychologin in vielen Bereichen ihres Berufsalltags in Krankenhäusern/ Kliniken die Maske tragen muss und ohnehin – wie oben bereits aufgezeigt – aufgrund des starken sozialen Drucks und der Anfeindungen fremder Menschen oftmals zum MNS-Tragen gezwungen wird.

Die Antragstellerin sieht sich zudem auch dadurch in ihrer Menschenwürde verletzt, dass sie durch die Maskenpflicht gezwungen wird, anderen Menschen Angst zu machen bzw. dadurch zum Objekt wird, dass auch ihr durch die Maske ständig Angst gemacht wird. Das Hygienekonzept an ihrem Arbeitsplatz, in der Klinik, verpflichtet zum Tragen der Maske sogar bei Entspannungs- und Atemübungen, wenn das Abstandsgebot gewahrt wird.

Als Psychologin ist es für sie unzumutbar, durch das Tragen einer Maske dahingehend instrumentalisiert zu werden, ihren Patientinnen und Patienten in jedem Moment eine Bedrohungslage zu suggerieren, die es in dieser Dramatik nicht gibt; dies bedeutet letztlich nichts anderes, als ihnen „Angst zu machen“. Selbst wenn einige die Maske als Schutz erleben, so doch nur vor dem Hintergrund der latent suggerierten Bedrohung, vor der es diesen Schutz dann angeblich braucht. Das ist mit den ethischen Ausbildungsgrundsätzen, mit der Weltanschauung und dem Gewissen der Antragstellerin tatsächlich unvereinbar: Sie darf Realitätsentfremdung bearbeiten, aber diese nicht fördern; sie darf Angst therapieren, aber sie nicht suggerieren.

Diese ethische und psychophysische Belastung ist für die Antragstellerin inzwischen so groß geworden, dass sie sich hat krankschreiben lassen müssen (vgl. hierzu auch die eidesstattliche Versicherung der Antragstellerin vom 20. September 2020, beigelegt als **Anlage A2**).

II. Eingriffe in Schutzbereiche weiterer Grundrechte gegeben

Unstreitig wird durch die Maskenpflicht in weitere, der Antragstellerin zustehende Grundrechte, eingegriffen.

1. Schutz der körperlichen Unversehrtheit des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG beeinträchtigt

Dies betrifft zunächst den Schutz der körperlichen Unversehrtheit der Antragstellerin im Sinne des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, der unmittelbar, mittelbar und durch Schaffung eines Risikos beeinträchtigt wird.

Der Schutzbereich dieses Grundrechts umfasst nicht nur die körperlich-physische Integrität des Schutzberechtigten, sondern auch die Gesundheit im psychischen Bereich (vgl. hierzu *Lang*, in: BeckOK GG, 44. Ed. 15. August 2020, Art. 2 GG Rn. 62q).

Es gilt der weite Eingriffsbegriff, nach dem auch nichtfinale, rein faktische und nur mittelbare Beeinträchtigungen als Eingriff zu werten sind. Eingriffe müssen auch nicht als unmittelbare Beeinträchtigung des Schutzgutes durch den Staat vorgenommen werden, sondern können auch durch die Auferlegung von Nachteilen bei der Verweigerung von Maßnahmen entstehen. Dabei ist auch anerkannt, dass der Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 S. 1 GG nur dann effektiv geschützt werden kann, wenn nicht nur solche Verhaltensweisen, die darauf abzielen, das Schutzgut zu beeinträchtigen, bzw. die diese Wirkung mit Sicherheit zur Folge haben, als Eingriff angesehen werden, sondern wenn auch die Verursachung des Risikos einer Schutzgutbeeinträchtigung als Eingriff zu qualifizieren ist. Unbeabsichtigte Schutzgutverletzungen lassen sich nur dann vermeiden, wenn auch solche Verhaltensweisen verboten werden, von denen man nicht sicher weiß, dass sie den Verletzungserfolg herbeiführen werden, der sich andererseits nicht sicher ausschließen lässt (Risiken). Der Schutzbereich von Art. 2 II 1 umfasst mithin auch das Freisein von Risiken für Leben und Gesundheit, und die Verursachung solcher Risiken ist ein Eingriff in dieses Grundrecht (vgl. hierzu *Murawiek/Rixen*, in: *Sachs*, Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Art. 2 GG Rn. 151a, 157, 160 f. m.w.N.).

Mit diesen Maßstäben liegt durch die in **Anlage A2** glaubhaft gemachten Auswirkungen des Masketragens ein Eingriff in die körperliche Unversehrtheit der Antragstellerin vor.

Dies betrifft zunächst unmittelbar die physische Integrität der Antragstellerin, die dadurch beeinträchtigt wird, dass das Tragen der Maske zu kardiologischer Dysregulation, Herzrasen und Kurzatmigkeit führt.

Darüber hinaus wird die Antragstellerin durch das noch nicht weiter erforschte Langzeit-Tragen der Alltagsmaske einem noch nicht erforschten und damit „bezifferbaren“ Risiko der gesundheitlichen Spätfolgen ausgesetzt, welches nach den oben dargelegten Grundsätzen ebenfalls bereits als solches eine Schutzgutbeeinträchtigung darstellt.

Aber auch die psychische Komponente des Tragens der Maske darf nicht unterschätzt werden. Die Antragstellerin leidet – wie in **Anlage A2** ausgeführt – unter mannigfaltigen Stress- und Angstreaktionen. Diese Reaktionen treten unmittelbar durch die Maske bei ihr selbst auf; durch das gesamtgesellschaftlich aufgeheizte Klima ist die Antragstellerin aber auch dann, wenn sie die Maske im Sinne ihres ärztlichen Attests nicht trägt, in nahezu jeder alltäglichen Einkaufssituation oder Fahrt im öffentlichen Personenverkehr Anfeindungen und Provokationen ausgesetzt. Die hier von ihr zu erleidende psychische Belastung ist mittelbar ebenfalls eindeutig dem Antragsgegner zuzurechnen und stellt einen weiteren, eigenständigen Eingriff dar.

Um diesen Angriffen zu entgehen, verfolgte die Antragstellerin verschiedene Ausweichstrategien, die in letzter Konsequenz dazu führten, dass sie ihren Bewegungsradius erheblich einschränken musste. Dies ist bereits für die tägliche Versorgung mit Lebensmitteln höchst problematisch, birgt aber insbesondere dann, wenn auch Arztbesuche auf unbestimmt nach hinten verschoben werden, ein realistisches Risiko weiterer Gesundheitsgefährdungen. Genau dies ist für die Antragstellerin aber der Fall: wegen der Meidung öffentlicher Verkehrsmittel in Folge der Maskenpflicht konnte die Antragstellerin Ergebnisse einer Blutuntersuchung erst Wochen nach dem eigentlichen Termin abholen, da sie an ohnehin schon stressreichen Tagen emotional nicht in der Lage war, auch noch den zu erwar-

tenden psychischen Stress auf der Zugfahrt zu ertragen (vgl. hierzu ebenfalls die Glaubhaftmachung in **Anlage A2**).

2. Eingriff in Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG liegt vor

Hinzu kommt ein Eingriff in den Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.

Dieser umfasst nach den allgemeinen Grundsätzen als Teil der Privatsphäre auch das äußere Erscheinungsbild eines Grundrechtsberechtigten, wozu auch Kleidung und die sonstige Erscheinung gehören, die der Einzelne nach Gutdünken gestalten kann (vgl. hierzu *Lang*, in: BeckOK GG, 44. Ed. 15. August 2020, Art. 2 GG Rn. 42 m.w.N.).

Die Maskenpflicht betrifft das äußere Erscheinungsbild der Antragstellerin, sodass der Schutzbereich unstreitig eröffnet sein dürfte. Ein Eingriff wird ebenso wenig von der Hand zu weisen sein, da durch die Verpflichtung zum Tragen der Maske in das selbstgewählte Erscheinungsbild der Antragstellerin eingegriffen wird.

Erschwerend kommt aber hinzu, dass durch die Maske nicht nur das Tragen eines zusätzlichen Kleidungsstücks verordnet wird. Die Maske betrifft das Gesicht und damit einen besonders sensiblen Bereich der menschlichen Selbstdarstellung und Kommunikationsfähigkeit. Die Maske ist daher nicht nur ein zusätzliches, missliebiges Kleidungsstück, sondern verdeckt gleichzeitig gut die Hälfte des Gesichts der Antragstellerin. Dieser Eingriff wird noch dadurch verstärkt, dass die Maske als Symbol gesellschaftlicher Zerstrittenheit (s.o. die einleitenden Bemerkungen) für die Antragstellerin eine besondere Zumutung darstellt.

3. Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG ist wegen der Maskenpflicht im öffentlichen Personennah- und -fernverkehr des § 8 S. 1 6. BayIfSMV berührt

Die Maskenpflicht im öffentlichen Personennah- und -fernverkehr gem. § 8 S. 1 BayIfSMV stellt für die Antragstellerin zudem eine verfassungsrechtlich relevante Ungleichbehandlung im Sinne des Art. 3 Abs. 1 GG dar.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG sowie des BayVGh gebietet es Art. 3 Abs. 1 GG u.a., alle Menschen vor dem Gesetz gleich zu behandeln. Demnach gilt das hieraus folgende Gebot, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln (vgl. hierzu BVerfG, Beschl. v. 18. Juli 2019 - 1 BvL 1/18, 1 BvL 4/18, 1 BvR 1595/18; BayVGh, Beschl. v. 27. April 2020 – 20 NE 20.793, Rn. 35).

Die Antragstellerin sieht sich zunächst als auf die Nutzung des öffentlichen Verkehrs angewiesene Person im Vergleich zu all jenen Personen, die aufgrund einer gültigen Fahrerlaubnis auf das Kfz umsteigen können, in verfassungswidriger Weise ungleich behandelt.

Es ist bereits geschildert und glaubhaft gemacht worden, dass die Antragstellerin mangels Besitzes eines Führerscheins für jede Art von Besorgung, zum Einkaufen, für Arztbesuche, zur Berufsausübung etc. auf die Fahrt mit öffentlichen Verkehrsmitteln angewiesen ist. Durch die dort vorherrschende pauschale Maskenpflicht – für die es im Übrigen keine Begründung gibt, da sie schon nicht geeignet ist, die Ausbreitung von Covid-19 Infektionen zu vermeiden (siehe unten D.III.1) – erleidet die Antragstellerin Eingriffe in ihre physische und psychische Integrität. Diese Eingriffe bleiben all jenen erspart, die nicht auf die öffentlichen Verkehrsmittel angewiesen sind.

Zudem wird die Antragstellerin auch innerhalb der Gruppe der Maske tragenden Menschen in unangemessener Weise benachteiligt.

Im Gegensatz zu all jenen Menschen, für die das Tragen der Maske keine große Beeinträchtigung zu sein scheint, löst die Maske bei der Antragstellerin wie bereits dargelegt zahlreiche negative physische und psychische Reaktionen hervor. Damit wird wesentlich Ungleiches jedoch gleich behandelt. Denn die Gruppe der Menschen, die sich von der Maske nicht beeinträchtigt fühlen, und die Gruppe der Menschen, die schwere Beeinträchtigungen erleiden, muss auch rechtlich verschieden behandelt werden.

Dass auch hier die rechtlich mögliche und durch Attest festgestellte Befreiung der Antragstellerin von der Maskenpflicht keine echte Andersbe-

handlung darstellt, kann den bisherigen Ausführungen entnommen werden; schließlich führt der Verzicht der Maske im öffentlichen Verkehr zu den oben geschilderten Anfeindungen, Stigmatisierungen und damit einhergehend zu den körperlichen und seelischen Beeinträchtigungen der Antragstellerin.

4. Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG liegt vor

Schließlich wird vorsorglich vorgetragen, dass die angegriffenen Vorschriften auch in den Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit der Antragstellerin gem. Art. 2 Abs. 1 GG eingreifen. Dieses Auffanggrundrecht schützt die allgemeine Handlungsfreiheit im umfassenden Sinne, sodass alles menschliche Verhalten erfasst wird, ohne Rücksicht darauf, ob es unter sozialem Gesichtspunkten wertvoll ist oder ob es sich lediglich als Ausdruck personaler Willkür darstellt (vgl. hierzu *Lang*, in: BeckOK GG, 44. Ed. 15. August 2020, Art. 2 GG Rn. 3).

III. Keine verfassungsgemäße Rechtfertigung, da eingreifende Vorschriften bereits unverhältnismäßig im Sinne des Art. 20 Abs. 3 GG sind

Grundsätzlich können Eingriffe in die soeben benannten Grundrechte gerechtfertigt werden, da diese insoweit verschieden ausgestaltete Gesetzesvorbehalte enthalten.

Für eine verfassungsgemäße Rechtfertigung ist es allerdings erforderlich, dass das eingreifende Gesetz selbst verfassungsgemäß ist. Dies ist bei den oben zitierten Vorschriften der 6. BaylFSMV aber nicht der Fall, da sie bereits unverhältnismäßig sind.

Vorab noch eine grundsätzliche Anmerkung: Die Unverhältnismäßigkeit vieler Corona-Maßnahmen und die praktische Unfähigkeit der Gerichte, dem etwas entgegen zu setzen, ist inzwischen auch im rechtswissenschaftlichen Diskurs aufgegriffen worden.

So bewertet Frau Prof. Anna-Bettina Kaiser, die Professorin für öffentliches Recht an der Humboldt-Universität zu Berlin ist und seit mehreren Jahren zu Verfassungsrecht im Ausnahmezustand forscht, anlässlich des Forums „Pandemie und Recht“ auf dem Deutschen Juristentag 2020 die

bisherige Spruchpraxis deutscher Gerichte insbesondere im Bereich der Verhältnismäßigkeit als höchst problematisch:

„Wie viel ist etwa der verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz noch wert, wenn die Gerichte im Rahmen der Abwägung, ob eine Corona-Maßnahme verfassungsrechtlich noch vertretbar ist oder nicht, am Ende doch nur - mangels eigenen Wissens - der Expertise des Robert-Koch-Institutes folgen können? Vor allem die Berliner Staatsrechtlerin Prof. Dr. Anna-Bettina Kaiser, die sich schon seit Jahren mit dem Thema des verfassungsrechtlichen Ausnahmezustandes wissenschaftlich befasst, legte auf dem DJT-Forum "Grundrechte in Zeiten der Pandemie" immer wieder den Finger in die Wunde: Die Gerichte hätten vor allem zu Beginn der Krise nicht wirklich gut dagestanden, da sie im Grunde der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers nur wenig entgegenzusetzen gehabt hätten. Und auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz versage jedenfalls "als einzige Grundlage für Gerichte" in Krisen, so Kaiser.“ [...]

(vgl. Hasso Suliak, Bericht vom DJT-Forum Pandemie und Recht in Legal Tribune Online, „Ist Puff gleich Kirche?“, 21. September 2020, einzusehen unter <https://www.lto.de/recht/justiz/j/juristentag-corona-pandemie-einschraenkungen-grundrechte-rechtsstaat-verhaeltnismaessigkeit-verfassung/>)

Das Gericht wird also nochmals und im Sinne der einleitenden Worte zu diesem Antrag ermuntert, die hier nun vorgetragenen Argumente unabhängig von der bereits vielfach vorgenommenen Bewertung in der früheren Rechtsprechung zu betrachten.

1. Maskenpflicht bereits ungeeignet, um Ziel der Verordnung zu erreichen

In Fortführung seiner bisherigen Rechtsprechung zur Thematik der Maskenpflicht hat der BayVGH auch in seinen jüngsten Entscheidungen die Geeignetheit der Mund-Nasen-Bedeckung zur Bekämpfung der Ausbreitung von COVID-19 betont:

„Das Tragen einer MNB ist als Mittel auch grundsätzlich geeignet, die weitere Ausbreitung von COVID-19 zu bekämpfen. Ein Mittel ist bereits dann geeignet, wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann. Es ist nicht erforderlich, dass der Erfolg in jedem Einzelfall auch tatsächlich erreicht wird oder jedenfalls erreichbar ist; die Möglichkeit der Zweckerreichung genügt (BVerfG, B. v. 10.4.1997 - 2 BvL 45/92 - juris, Rn. 61). Von einer entsprechenden Geeignetheit der Verpflichtung zum Tragen einer MNB zur Bekämpfung der Ausbreitung von COVID-19 geht der Senat in ständiger Rechtsprechung aus (vgl. nur BayVGH, B.v. 7.7.2020 - 20 NE 20.1477 - BeckRS 2020, 16176 m.w.N.).“

(BayVGH, Beschl. v. 8. September 2020 – 20 NE 20.1981, Rn. 33, 34)

Demgegenüber wird hier geltend gemacht, dass die Geeignetheit der Maske mitnichten so eindeutig ist, wie dies der BayVGH feststellt. Entgegen der bisherigen Auffassung des Gerichts ist die Maskenpflicht bereits nicht geeignet, um das Ziel der Maskenpflicht zu fördern, nämlich die Zahl der Neuinfektionen mit Covid-19 einzudämmen, um so die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems zu erhalten.

Wie sich aus zahlreichen Studien ergibt, ist die Maskenpflicht im öffentlichen Raum nicht nur nicht förderlich, um Infektionen zu vermeiden, sondern stellt für die Maske tragende Person sogar ein Infektionsrisiko dar.

Die Leiterin der Klinikhygiene am Klinikum Passau, Frau Prof. Dr. med. Ines Kappstein, diskutiert zahlreiche aktuelle Studien und fasst in einem Artikel für die Publikation „Krankenhaushygiene up2date“ die aktuelle Lage fazitär zusammen (S. 293) (Hervorhebungen durch den Unterzeichner):

„FAZIT

Aus einer Maskenpflicht für viele Millionen Bürger in Deutschland können jeden Tag zig-millionenfache Kontaminationen resultieren, die zu einem wesentlichen Teil vermeidbar wären, weil die ohnehin schon häufigen Hand-Gesichts-Kontakte der Menschen durch die Maskenpflicht noch häufiger werden, Händewaschen unterwegs

aber nur ausnahmsweise möglich ist. Dabei besteht das Risiko, dass der – schon zwangsläufig – unsachgemäße Umgang mit der Maske und die erhöhte Tendenz, sich selbst ins Gesicht zu fassen, während man die Maske trägt, tatsächlich das Risiko einer Erregerverbreitung und damit Erregerübertragung noch erhöht – ein Risiko, das man doch aber gerade durch die Maske reduzieren will.

Eine Maskenpflicht vermittelt ein falsches Sicherheitsgefühl, und ein falsches Sicherheitsgefühl ist immer ein Sicherheitsrisiko.

Schlussfolgerungen

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 (Juli 2020) 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 überwiegende Mehrheit aller Bürger im öffentlichen Raum nicht zu begründen und entspricht auch nicht den Empfehlungen der WHO.

KERNAUSSAGEN

- 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 Untersuchungen zeigen das Gleiche.*
- Im Gegenteil kann eine Maskenpflicht für viele Millionen Menschen im öffentlichen Raum sogar zu einem Infektionsrisiko*

werden, weil die erforderliche Händehygiene nicht eingehalten werden kann.

- Indirekte Erregerkontakte über kontaminierte Oberflächen werden durch Masken nicht weniger, sondern kommen im Gegenteil potenziell häufiger zustande als ohne Masken.
- Bei der Übertragung respiratorischer Viren spielt ein enger (< 1 m) Face-to-Face-Kontakt die entscheidende Rolle, der zudem mindestens über eine gewisse Zeit (≥ 15 min) 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 15 min, sodass eine effektive Übertragung infektiöser Tröpfchen in diesen Situationen sehr unwahrscheinlich erscheint.
- Abstand halten bei Gesprächen schützt vor direkten Erregerkontakten und **macht das Tragen von Masken überflüssig.**

(vgl. Kappstein, in: Krankenhaushygiene up2date 2020; 15(03): 279-297, Mund-Nasen-Schutz in der Öffentlichkeit: Keine Hinweise für eine Wirksamkeit, beigelegt als **Anlage A6**, s. 293)

Auch zahlreiche weitere Quellen belegen, dass der Nutzen von Alltagsmasken zur Verhütung der Verbreitung von SARS-CoV-2 wenig belegt ist.

So schreibt das Bundesamt für Arzneimittelsicherheit zum Nutzen der Mund-Nasen-Bedeckung (Hervorhebungen durch Unterzeichner):

„Mund-Nasen-Bedeckungen sind im weitesten Sinne Masken, die (z.B. in Eigenherstellung auf Basis von Anleitungen aus dem Internet oder industriell gefertigt als modisches Gesichtstextil) aus handelsüblichen Stoffen genäht und im Alltag getragen werden. [...] Träger der beschriebenen Mund-Nasen-Bedeckungen können sich nicht darauf verlassen, dass diese sie oder andere vor einer Übertragung von SARS-CoV-2 schützen, da für diese Masken keine entsprechende Schutzwirkung nachgewiesen wurde. [...] Trotz dieser Einschränkungen können geeignete Masken als Kleidungsstücke dazu beitragen, die Geschwindigkeit des Atemstroms oder Tröpf-

chenauswurfs z.B. beim Husten zu reduzieren. Auf diese Weise können sie bzw. ihre Träger einen Beitrag zur Reduzierung der weiteren Ausbreitung von SARS-CoV-2 leisten.“

(vgl. Hinweise des BfArM zur Verwendung von Mund–Nasen-Bedeckungen (z.B. selbst hergestellten Masken, „Community- oder DIY-Masken“), medizinischen Gesichtsmasken sowie partikelfiltrierenden Halbmasken (FFP1, FFP2 und FFP3) im Zusammenhang mit dem Coronavirus (SARS-CoV-2 / Covid-19), <https://www.bfarm.de/SharedDocs/Risikoinformationen/Medizinprodukte/DE/schutzmasken.html>, abgerufen am 2. Oktober 2020)

Dann führt das Bundesamt für Arzneimittelsicherheit die Voraussetzungen an das richtige Tragen der Maske aus – Voraussetzungen, die so hoch und streng sind, dass sie im alltäglichen Leben schlicht von kaum jemandem beachtet werden dürften:

„Den besten Schutz vor einer potentiellen Virusübertragung bietet nach wie vor das konsequente Distanzieren von anderen, potentiell virustragenden Personen. Dennoch kann die physische Barriere, die das richtige Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung darstellt, eine gewisse Schutzfunktion vor größeren Tröpfchen und Mund-/Nasen-Schleimhautkontakt mit kontaminierten Händen bieten.

Personen, die eine entsprechende Maske tragen möchten, sollten daher unbedingt folgende Regeln berücksichtigen [...]:

- *Auch mit Maske sollte der vom RKI empfohlene Sicherheitsabstand von mindestens 1.50 m zu anderen Menschen eingehalten werden.*
- *Beim Anziehen einer Maske ist darauf zu achten, dass die Innenseite nicht kontaminiert wird. Die Hände sollten vorher gründlich mit Seife gewaschen werden.*
- *Die Maske muss richtig über Mund, Nase und Wangen platziert sein und an den Rändern möglichst eng anliegen, um das Eindringen von Luft an den Seiten zu minimieren.*

- *Bei der ersten Verwendung sollte getestet werden, ob die Maske genügend Luft durchlässt, um das normale Atmen möglichst wenig zu behindern.*
- *Eine durchfeuchtete Maske sollte umgehend abgenommen und ggf. ausgetauscht werden.*
- *Die Außenseite der gebrauchten Maske ist potentiell erregert. Um eine Kontamination der Hände zu verhindern, sollte diese möglichst nicht berührt werden.*
- *Nach Absetzen der Maske sollten die Hände unter Einhaltung der allgemeinen Hygieneregeln gründlich gewaschen werden (mindestens 20-30 Sekunden mit Seife).*
- *Die Maske sollte nach dem Abnehmen in einem Beutel o.ä. luftdicht verschlossen aufbewahrt oder sofort gewaschen werden. Die Aufbewahrung sollte nur über möglichst kurze Zeit erfolgen, um vor allem Schimmelbildung zu vermeiden.*
- *Masken sollten nach einmaliger Nutzung idealerweise bei 95 Grad, mindestens aber bei 60 Grad gewaschen und anschließend vollständig getrocknet werden. Beachten Sie eventuelle Herstellerangaben zur maximalen Zyklusanzahl, nach der die Festigkeit und Funktionalität noch gegeben ist. [...]*

(vgl. ebd.)

Wie soll aber eine ohnehin nur potentiell vorhandene Schutzwirkung einsetzen, wenn sich im Alltag kaum jemand an die strengen Regeln zur Nutzung der Maske hält? Es ist doch davon auszugehen, dass der Nutzen der MNB zur Eindämmung der Ausbreitung von Covid-19 in Nicht-Laborbedingungen marginal ist – sofern er überhaupt existiert.

Auch die bekannte WHO-Meta-Studie, die zur Begründung und Aufrechterhaltung der Verordnungen angeführt wird, kann diesen Nutzen bei näherer Betrachtung nicht belegen (*Chu DK, Akl EA, Duda S et al., Physical distancing, face masks, and eye protection to prevent person-to-person transmission of SARS-CoV-2 and COVID-19: a systematic review and meta-analysis, Lancet 2020: Published Online June 1, 2020, [https://www.thelancet.com/article/S0140-6736\(20\)31142-9/fulltext](https://www.thelancet.com/article/S0140-6736(20)31142-9/fulltext), abgerufen am 2. Oktober 2020).*

Im bereits zitierten Artikel von *Kappstein* heißt es hierzu (Hervorhebungen durch Unterzeichner):

„Auch der Anfang Juni 2020 erschienene systematische Review mit Metaanalyse [Anm. des Unterzeichners: damit ist die eben genannte WHO-Studie gemeint] liefert keine Hinweise. Darin geht es – neben physischer Distanz und Augenschutz – zwar auch um Masken, aber nicht um das Tragen von Masken im öffentlichen Raum zum Fremdschutz. In den meisten dort behandelten 44 vergleichenden Studien, die in die Metaanalyse eingeschlossen werden konnten, geht es um SARS bzw. MERS, in 7 davon um COVID-19, aber in keinem Fall um eine Untersuchung, die Rückschlüsse auf das Tragen von Masken im öffentlichen Raum aus Gründen des Fremdschutzes zuließe. Masken spielten sowieso nicht in allen der eingeschlossenen Untersuchungen eine Rolle, z. B. ging es manchmal auch nur um physische Distanz. Überwiegend waren es noch dazu Untersuchungen aus dem Bereich der Patientenversorgung in Krankenhäusern, nur 9 Studien sind aus anderen Lebensbereichen (Haushalte, nahe Kontaktpersonen, Flugzeug, Reisen) aufgeführt.

In einer einzigen Studie – über Risikofaktoren für SARS in Peking aus dem Jahr 2004 – ging es tatsächlich u. a. um das Tragen von Masken in der Öffentlichkeit, jedoch zum Schutz der Träger (Eigenschutz) und nicht zum Fremdschutz. Ein Ergebnis dieser Studie aus Peking war, dass Personen, die aus eigenem Antrieb ausschließlich mit Maske das Haus verließen, weil sie sich selbst schützen wollten, ein geringeres Risiko hatten, SARS zu akquirieren. Insofern trägt diese Studie zu Masken als Fremdschutz ebenfalls nichts bei.

Auch diese neue (im Übrigen von der WHO geförderte) systematische Übersichtsarbeit hat keine Untersuchungen zu Tage gefördert, die überhaupt eine oder sogar eine stützende Aussage zum Tragen von Masken im öffentlichen Raum erlauben würden.“

(vgl. *Kappstein*, **Anlage A6**, S. 287)

Ebenfalls keinen Nachweis zur Nützlichkeit der Mund-Nasen-Bedeckung liefert die immer wieder herangezogene sog. Jena-Studie der Universität

Mainz (Studie der Universität Mainz, verlinkt unter <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/113598/COVID-19-Jena-hat-durch-fruehe-Maskenpflicht-viele-Infektionen-vermieden>, abgerufen am 2. Oktober 2020). In dieser Studie wurde die Entwicklung der Infektionszahlen in Kommunen untersucht, die zu verschiedenen Zeitpunkten die Maskenpflicht eingeführt haben.

Hierzu wiederum *Kappstein* in ihrem empfehlenswerten Artikel:

„In einer Anfang Juni 2020 publizierten Modellierungsstudie wird über den Effekt der Maskenpflicht am Beispiel der Stadt Jena sowie anderer Städte und Regionen in Deutschland berichtet [...]. Die Autoren (sämtlich Ökonomen) kommen zu dem Schluss, dass die Maskenpflicht zu einer ca. 40%igen Reduktion der täglichen Zuwachsrates an COVID-19-Infektionen geführt habe. Unberücksichtigt bleibt in dieser Studie jedoch der entscheidende Aspekt, dass bereits ab dem 1. März 2020 (also knapp 5 Wochen vor der Einführung einer Maskenpflicht im öffentlichen Raum in der Stadt Jena) die Ausbreitungsrate von SARS-CoV-2 zurückging und dass am 10. März der R-Wert nach Angaben des RKI schon unter 1 lag [...]. Daraus folgt, dass die Einführung der Maskenpflicht (ab 6. April zunächst in Jena, etwa 3 Wochen später dann auch im gesamten Bundesgebiet) in eine Phase der Corona-Epidemie fiel, in der es schon zu einem kontinuierlichen und deutlichen Rückgang der Infektionszahlen gekommen war, eine Entwicklung, die sich anschließend weiter fortsetzte.

Einen Effekt der Maskenpflicht auf den Rückgang der Infektionszahlen kann man daraus nicht ableiten, weil sich beides überlagert, dies aber in der Modellierungsstudie nicht einbezogen wurde. Außerdem muss berücksichtigt werden, dass das Meldedatum der Fälle, das in der Studie verwendet wurde, keine auch nur annähernd sichere Aussage zulässt über den Zeitpunkt der Infektion, der sich nur über das Erkrankungsdatum (=Beginn der klinischen Symptomatik) genau genug festlegen lässt, wie es das RKI in seinen Modellierungsstudien praktiziert.“

(vgl. *Kappstein*, **Anlage A6**, S. 286)

Beachtlich ist zudem, dass das RKI in seiner Corona-App zur Rückverfolgung von Kontakten nur Kontakte ab 15 Minuten Dauer unterhalb von 2m als potentiell gefährdend einstuft bzw. diese aufzeichnet. Dies führt eine Maskenpflicht im Supermarkt und ähnlichen Orten bereits ad absurdum, da Kontakte an diesen Orten üblicherweise nicht so lang/nah ausfallen.

Zusammenfassend wird deutlich, dass die Maskenpflicht als Instrument zur Bekämpfung der Ausbreitung der Pandemie – mit all ihren weitreichenden Folgen für Millionen für Menschen – nach wie vor nur auf plausiblen Überlegungen beruht, nicht aber auf wissenschaftlicher Evidenz. Die Maskenpflicht bleibt entgegen aller wissenschaftlich fundierten Vernunft weiterhin – zudem ohne ausreichende Differenziertheit (z. B. bzgl. für das Lebensnotwendige aufzusuchender Orte, an denen kein langer Face-to-Face-Kontakt besteht) – in Kraft. Das Robert-Koch-Institut scheint nach der Methode „wenn es nichts hilft, dann schadet es eben auch nichts“ weiterhin das Tragen eines Mund-Nasen-Schutzes zu empfehlen, verkennt aber zum Einen die Schadensseite der Maskenpflicht und darüber hinaus auch, dass sie völlig ungeeignet ist, um das Infektionsgeschehen positiv zu beeinflussen.

Dass die Gerichte den Einschätzungen und Empfehlungen des Robert-Koch-Instituts bislang weitgehend unkritisch gefolgt sind, ist ein großes Problem, auf das später noch näher einzugehen sein wird.

Jedenfalls ist im Zweifel die Maskenpflicht dem Zweck sogar abträglich. Dies gilt auf individueller Ebene für den Maske tragenden Menschen, aber darüber hinaus auch für die große Zahl derer, die mit dem Tragen der Maske weitreichende negative Erfahrungen machen (müssen).

2. Maskenpflicht nicht erforderlich

Die Maskenpflicht ist auch nicht erforderlich, da sie nicht das mildeste Mittel darstellt, das der Ordnungsgeber hat, um den angestrebten Zweck zu erreichen.

Tragen der Maske auf freiwilliger Basis

So ist es durchaus möglich und vorstellbar, das Tragen der Maske im öffentlichen Personenverkehr sowie beim Einkaufen auf freiwilliger Basis zu empfehlen, anstatt eine bußgeldbewehrte Maskenpflicht durchzusetzen.

Die Antragstellerin ist Diplom-Psychologin und hat eine umfangreiche Studie zum Thema Maskenpflicht erstellt. Diese Studie ist, wie auch die bekannte COSMO-Studie der Universität Erfurt in Zusammenarbeit mit dem Robert-Koch-Institut, BZgA et. al., im psychologischen Pre-print-Archiv „psychArchives“ des Leibniz Zentrums (ZIPD) veröffentlicht. Es handelt sich hierbei um die – soweit ersichtlich – erste und einzige Studie, die sich mit den Belastungen, Beschwerden und bereits eingetretenen Folgeschäden durch die aktuellen Mund-Nasenschutz-Verordnungen hierzulande auf hinreichender Grundlage intensiv und differenziert auseinandersetzt.

Neben zahlreichen weiteren negativen Folgen des Masketragens auf die individuelle psychische Gesundheit des Maskenträgers wurden auch die Konsequenzen der allumfassenden Maskenpflicht auf die Gesellschaft untersucht – hierzu später noch mehr im Detail. Ein Ergebnis der Studie, welches für die Bewertung der Erforderlichkeit der Maskenpflicht relevant ist, lautet:

„Während der MNS für einzelne dieser deutlich belasteten Population „ein Schutz“ ist, der mit Selbstwirksamkeitserleben einhergeht, leidet die überwiegende Mehrheit von ihnen unter den aktuellen Verordnungen hingegen erregt an der als verloren wahrgenommenen Selbstwirksamkeit, bei authentischem Unverhältnismäßigkeits- und Übergriffelerleben. Und dies eben oft auf allen oben dargestellten Ebenen (Psyche, Psychosoziales, Psychosomatik/Psychovegetatives). Damit befindet sich ein großer Teil der Belasteten mindestens auf dem Grenzbereich zur Traumatisierung, der sich genau durch diese Merkmale auszeichnet (vgl. z. B. Levine, 2016).

Im Sinne der Gesundheitsfürsorge für diese Menschen wäre dringend unsere Realität zu prüfen: Ist ihr Un-

verhältnismäßigkeitserleben wirklich „falsch“? Aus psychologischer Sicht erscheint Freiwilligkeit statt MNS-Verordnung wohl die einzige längerfristige Lösung zu sein, beide „Erlebniswelten“ von Menschen zu achten.

(s. Prousa, Studie zu psychologischen und psychovegetativen Beschwerden durch die aktuellen Mund-Nasenschutz-Verordnungen in Deutschland vom 20. Juli 2020, beigefügt als **Anlage A7**, S. 22)

Maskenpflicht im Freien nutzlos und daher nicht erforderlich

Speziell im Bereich der Maskenpflicht für Kunden auf Märkten im Freien gem. § 12 Abs. 4 S. 1 und 3 i. V. m. Abs. 1 S. 1 Nr. 3 6. BayIfSMV wird hier nochmals auf den oben zitierten, knapp gehaltenen und daher gut lesbaren Artikel von *Kappstein* verwiesen (**Anlage A6**). Die Autorin diskutiert zahlreiche Studien, die den Nutzen einer Maskenpflicht im öffentlichen Raum belegen sollen und bislang auch stets als wissenschaftliche Fundierung für die Einführung und Aufrechterhaltung der Maskenpflicht gedient haben.

Eines der zentralen Ergebnisse der Arbeit von *Kappstein* lautet:

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

(vgl. **Anlage A6**, S. 293)

Um diese Ansteckungssituation zu vermeiden, hält die Forscherin das Abstandhalten bei Gesprächen für völlig ausreichend, da es vor direkten Erregerkontakten schützt und das Tragen von Masken überflüssig macht.

Das Robert-Koch-Institut schreibt in seinem „SARS-CoV-2 Steckbrief zur Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19)“ mit Stand vom 18. September 2020 unter „2. Übertragungswege“ (Hervorhebungen durch den Unterzeichner):

„Übertragungen im Außenbereich kommen insgesamt selten vor [...]. Bei Wahrung des Mindestabstandes ist die Übertragungswahrscheinlichkeit im Außenbereich aufgrund der Luftbewegung sehr gering.“

(vgl. hierzu den RKI-Corona-Steckbrief, abzurufen unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Steckbrief.html;jsessionid=458B9F6A52AD1859E9E816AD3BEB9E8B.internet062#doc13776792bodyText2)

Zusammen mit der Tatsache, dass *alle* Forschungsinstitutionen in ihren bisherigen Studien von einem fast nicht nachweisbaren Übertragungsrisiko im Freien ausgehen, muss doch auch den Gerichten deutlich werden, dass zumindest beim Einkaufen auf Märkten im Freien die Befolgung des Abstandsgebots und der weiteren Hygienemaßnahmen (Händedesinfektion) völlig ausreichend ist, um das Ansteckungsrisiko mit Covid-19 nahezu zu eliminieren.

Dies wäre eine gleich geeignete, aber deutlich weniger eingriffsintensive Maßnahme. Die Maskenpflicht im Freien ist daher nicht erforderlich, mit hin unverhältnismäßig.

Schaffung von Einkaufsfenstern für besonders vulnerable Gruppen und von der Maskenpflicht Befreite

Ein ebenfalls deutlich weniger eingriffsintensiver, aber gleich geeigneter Weg wäre im Bereich des Einkaufens die Schaffung von verschiedenen Zeitfenstern für verschiedene Personengruppen.

So wäre es vorstellbar und leicht umsetzbar, all jenen, die zur Risikogruppe gehören sowie all jenen, die im Wege eines ärztlichen Attests wegen der negativen medizinischen Auswirkungen von der Maskenpflicht befreit sind, für ein oder mehrere Stunden täglich die (Super-)Märkte zu überlassen.

Maskenpflicht regional verschieden und abhängig von Positivenquote ausgestalten

Ein weiterer deutlich milderer, aber gleich effektiver Weg wäre es, die Maskenpflicht nicht pauschal generell anzuordnen, sondern nach verschiedenen Kriterien abzustufen. So ist nicht ersichtlich, weshalb es in Städten/Landkreisen mit keinen oder nur sehr wenigen Covid-19-Fällen genauso strenge Anforderungen an das Tragen der Maske gibt wie in solchen Regionen, in denen die Positivenquote höher liegt.

Ein Vorschlag wäre es, die Maskenpflicht entsprechend der WHO-Definition für eine kontrollierte Pandemielage (siehe unten S. 40 f.) ab einer Positivenquote (= Anzahl positiv gemeldeter Tests in einer Kalenderwoche, geteilt durch Anzahl aller gemeldeten ~~positiven~~ Tests in einer Kalenderwoche, mal 100) von 5 % regional einzuführen. Auch eine niedrigere Positivenquote wäre selbstverständlich vorstellbar, es geht primär darum, die Maskenpflicht überhaupt an ein Kriterium zu koppeln und dadurch wieder in den Bereich der Verhältnismäßigkeit zu rücken.

Dieses Vorgehen wäre im Übrigen auch die einzige Möglichkeit, unter realistischen Bedingungen den positiven Effekt der Maskenpflicht auf die Fallzahlen zu prüfen.

Mildere Mittel im Bereich des öffentlichen Personennah- und -fernverkehrs

Im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs sind zudem weitere Maßnahmen ersichtlich, die bei gleicher Effektivität eine deutlich geringere Eingriffsintensität in die Grundrechte der Bürger hätten.

So wäre es denkbar, in Bussen und Zügen – in denen nachweislich kein erhöhtes Infektionsrisiko besteht – die Maskenpflicht zumindest dann aufzuheben, wenn man sich alleine oder nur mit bis zu drei anderen Personen im Bus-/Zugabteil befindet. Es ist schon aus vernünftigen Gründen nicht vermittelbar, stundenlang einen Mund-Nasen-Schutz tragen zu müssen, wenn sich sonst niemand in der Nähe befindet; rechtlich haltbar ist es nicht.

Auch wäre eine deutlich geringere Eingriffsintensität gegeben, wenn die Maske beispielsweise nur bis zum Einnehmen des Sitzplatzes und auf den Wegen im Gang getragen werden müsste, aber am Platz selbst abgenommen werden dürfte. Sollen Abstände eingehalten werden, so wäre es doch ohne weiteres möglich, einzelne Plätze zu sperren bzw. den Betreibern des öffentlichen Verkehrs aufzugeben, ein Hygienekonzept vorzulegen, mit dessen Umsetzung die Abstandsregeln eingehalten werden könnten. Schon seit Monaten wird im kulturellen Leben und in der Gastronomie so verfahren und es gibt keinen vernünftigen Grund, weshalb dies auch im öffentlichen Verkehr nicht umzusetzen wäre.

3. Maskenpflicht auch im engeren Sinne unverhältnismäßig

Die Maskenpflicht ist auch im engeren Sinne unverhältnismäßig, da sie außer Verhältnis zum angestrebten Zweck steht.

a. Abwägungsausfall: verursachter Schaden der Maskenpflicht wird vom Verordnungsgeber nicht berücksichtigt

Dies folgt zunächst bereits daraus, dass die Schadensseite der Maskenpflicht für einzelne Individuen sowie für die Gesamtgesellschaft bislang noch keinerlei Berücksichtigung in den Erwägungen des Verordnungsgebers gefunden hat. Dass eine bei genauerer Betrachtung psychologisch (und auch physiologisch) so tiefgreifende Verordnung bei derzeitiger Infektionslage in Kraft ist, ohne dass die Schadensseite durch die Behörden und Verantwortlichen überhaupt untersucht wurden und werden bzw. solche Untersuchungen von ihnen nachdrücklich angestoßen wurden (z. B. physiologische Auswirkungen auf Kinder, in Anbetracht dessen, was man aus der kardiologischen Studie aus Leipzig weiß), ist nichts anderes als ein Abwägungsausfall, der bereits selbstständig zur Unverhältnismäßigkeit der Maskenpflicht führt.

Dabei ist insbesondere die Schutzpflicht des Antragsgegners aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG für die Gesundheit der Bevölkerung beachtlich (vgl. zur Herleitung der Schutzpflicht *Lang*, in: BeckOK GG, 44. Edition, Stand: 15. August 2020, Art. 2 GG Rn. 74 ff.). Es wird hier argumentiert, dass die Ansicht, die Maskenpflicht sei zur Erfüllung dieser Schutzpflicht geboten, dringend hinterfragt werden muss. Sie verkennt nämlich, dass die Mas-

kenpflicht für einen großen Teil der Bevölkerung eben nicht gesundheitsförderlich ist, sondern selbst die Gesundheit nicht unerheblich gefährdet. Der Verordnungsgeber hat es insoweit bislang vernachlässigt, seine Schutzpflicht gegenüber diesen Menschen zu erfüllen.

Wie bereits dargestellt, ist die Antragstellerin Diplom-Psychologin und hat eine umfangreiche Studie zum Thema Maskenpflicht erstellt. Die Studie ist diesem Antrag als **Anlage A7** beigefügt und hat gezeigt, dass ca. 60%, der sich deutlich mit den Verordnungen belastet erlebenden Menschen schon jetzt schwere (psychosoziale) Folgen erlebt, wie eine stark reduzierte Teilhabe am Leben in der Gesellschaft aufgrund von aversionsbedingtem MNS- Vermeidungsbestreben, sozialem Rückzug, herabgesetzte gesundheitliche Selbstfürsorge (bis hin zur Vermeidung von Arztterminen) oder die Verstärkung vorbestandener gesundheitlicher Probleme (post-traumatische Belastungsstörungen, Herpes, Migräne).

Im Einzelnen handelt es sich bei den schweren Folgen um:

- deutlich **reduzierte soziale Teilhabe** an der Gesellschaft durch bewusste aversionsbedingte Vermeidung von Orten mit Maskenpflicht wie Kultureinrichtungen, Gottesdienste, Restaurantbesuche, Einkäufe vor Ort bzw. im Inland, Nutzung des ÖPNV, Tierarztbesuche oder gar weitgehende Vermeidung des Verlassens des Hauses
- MNS-bedingte **soziale Distanzierung** über das offiziell gebotene Maß hinaus / deutliche Reduzierung oder gar Vermeidung sozialer Kontakte bis hin zu erlebter Isolation, wiederkehrende Streitigkeiten / soziale Spannungen, soziale Ächtung und Ausgrenzung oder eigene Aggressivität im Rahmen der MNS Verordnungen
- deutliche **Einschränkung in der gesundheitlichen Selbstfürsorge** (bewusste MNS-bedingte Vermeidung von Arztbesuchen, Physiotherapie-terminen oder den gewohnten regelmäßigen Einkäufen von frischem Obst und Gemüse / Ernährungsumstellung auf Tiefkühl- oder Dosenkost oder auf Online-Handel auch von Lebensmitteln)
- MNS-bedingte **Krankschreibungen, Verstärkung der Symptome vorbestandener gesundheitlicher Probleme** (z. B. Posttraumatische Belastungsstörungen mit Panikzuständen und nun Alpträumen von „Maskenmenschen“; MNS-assoziierte, starke Migräne- Anfallhäufung)

- Andere schwerwiegende Veränderungen der Lebensgewohnheiten (in einem Fall bereits glaubhaft erfolgte MNS-bedingte Auswanderung; in einem anderen Fall Verlust des Ausbildungsplatzes im Zusammenhang mit der MNS-Pflicht).

(Vgl. hierzu **Anhang 7**, S. 19 sowie Beispiele aus Original-Antworten der Studienteilnehmer ab S. 90 im Anhang 4 der Studie)

Die Bezifferung der konkreten Größenordnung dieser schon jetzt an diesen schweren Folgen leidenden Bürger bei Hochrechnung auf die Gesamtbevölkerung in Deutschland beträgt Millionen (vgl. Diskussionsteil der Studie, in dem auch die COSMO-Studie von Uni Erfurt, RKI, BZgA et. al. herangezogen wird), um es hier so genau wie möglich zu beziffern: zwischen rund 5 Millionen bei übervorsichtiger Annahme und rund 10 Millionen Menschen bei starker Anlehnung an die im o. g. Diskussionsteil dargelegten Daten aus der COSMO-Studie.

Weitere wesentliche Ergebnisse der Studie sind:

- Das **Stresserleben** mit MNS zeitigt über aggressive Reaktionen (sowie ferner über depressive Reaktionen) und damit verbundene psychovegetative Reaktionen (erhöhter Herzschlag, Muskelanspannungen, „Stressatmung“ etc.), biopsychologisch hochplausibel, belastende Nachwirkungen. Dies ist hochbedeutsam, da es von sehr regelmäßig erlebten, sich chronifizierenden **Nachwirkungen**, vor allem wenn diese schwererer Natur sind, ein nur kurzer Weg zu regelrechten schweren psychosozialen und gesundheitlichen Folgen ist. Bereits jetzt erleben ca. 28% der sich mit den aktuellen MNS-Verordnungen nennenswert belastet erlebten Menschen in Deutschland schwere Nachwirkungen nach dem Tragen des MNS, weitere ca. 15% erleiden mehrere Nachwirkungen; nur weniger als die Hälfte (ca. 43%) erfahren keine Nachwirkungen. Besonders hingewiesen sei hiermit auch auf die psychosozial und gesundheitlich hoch relevanten Nachwirkungen Aggressivität und Depressivität. mehrfach wurde von Studienteilnehmern klar Suizidalität benannt, gut belegt als Folge (auch) von der Maskenpflicht.
- Während des MNS-Tragens erleben ca. 53 % der Population mindestens des Öfteren sieben oder mehr (!) **psychovegetative Stressreakti-**

onen. Diese hohe Anzahl an körperlich spürbaren Stressreaktionen stellt bei regelmäßiger oder gar regelmäßig langer Betroffenheit das wissenschaftlich gut belegte Risiko einer Chronifizierung bzw. Entwicklung von Folgeschäden dar. Ca. 91 % der Population erleben beim Tragen des MNS mindestens des Öfteren regelrechte psychovegetative Reaktionen aus dem Bereich „Atmung“, gefolgt von ca. 69 % somatischen Missempfindungen, ca. 68 % geistiger/körperlicher Ermüdung, ca. 66 % Herz-Kreislauf-Reaktionen, ca. 62 % psychischen/gedanklichen Stresssymptomen und ca. 41% Kopfschmerzen.

- Die durch die Mund-Nasenschutz-Verordnungen deutlich Belasteten erfüllen besonders häufig die Kriterien für Hochsensibilität / Hochsensitivität (ca. 52 %). Die durchschnittlich besonders häufig hochsensiblen MNS-Verordnungs-Belasteten werden durch die aktuelle MNS-Pflicht und ggf. deren Rahmenbedingungen regelmäßig bis fast permanent über ihr konstitutionelles Limit „gereizt“. Diese Durchbrechung ihrer Toleranzschwelle ist in multipler Hinsicht gut erklärbar: Hochsensible reagieren im Durchschnitt stärker und emotionaler auf äußere Reize, auch auf die Gefühlsausdrücke anderer Menschen, haben ein höheres Stressempfinden, haben auch eine gesteigerte ästhetische Empfindsamkeit, eine niedrigere sensorische Wahrnehmungsschwelle und eine leichtere Erregbarkeit. *Für sie besteht damit ein besonderer Leidensdruck und ein besonderes Risiko für Spätfolgen und es wäre ethisch unvertretbar, sie mit dem zumeist trivialisierenden und damit potenziell dehumanisierenden, saloppen Begriff „Masken-Verweigerer“ zu betiteln und sich nicht weiter um ihre besondere Vulnerabilität zu kümmern.*
- Es würden sich die meisten Menschen der Grundgesamtheit durch MNS-Verzicht gegen die Maskenpflicht wehren, würden sei keine so deutlichen Nachteile erleiden (ca. 94,5%; Nachteile z. B. in Form drohender Ordnungsstrafe, Verweis aus Geschäften).
- Die Population leidet unter der erlebten **Endlosigkeit** der Maßnahme. Das Wort „Endlosigkeit“ fiel immer wieder in den freien Antwortmöglichkeiten zu Frage 29 (vgl. Studien-Anhang 2, Abb. 95 mit Unter-text; außerdem bejahen auf die Frage, wann ihr Stresserleben wohl geringer wäre, ca. 75%: „Wenn ich wüsste, dass die MNS-Pflicht zu einem klaren, baldigen Zeitpunkt endet.“ Unter den drei Antwortoptionen (mit Mehrfachauswahl) wurde diese am häufigsten bejaht (vgl.

Studien-Anhang 2, Abb. 68, 69). Dies deckt sich mit den vom Deutschen Ethikrat in seiner Ad-hoc-Stellungnahme zu den Corona-Maßnahmen im März 2020 gemachten Ausführungen zum kritischen zeitlichen Faktor (die Akzeptabilität in der Bevölkerung sei u. a. abhängig vom Verhältnismäßigkeitsprinzip der Maßnahmen unter Einbezug der „Zeitdimension“).

- Bei den Belasteten ruft die Maskenpflicht weit überwiegend starke negative Assoziationen hervor: **Zwang, Repression, Willkür, Unverhältnismäßigkeit** (Haben sie mit letzterem Recht? Falls ja, wäre das dauerhafte Absprechen dieser Wahrnehmung für sie potenziell kumulativ traumatisierend), Entmündigung, Erniedrigung, Unmenschlichkeit, Übergriff, Ohnmacht, etc. (vgl. auch Anhang 4 der Studie, dort Zitat-Aufstellung 3). Das bezeugt, in Zusammenschau mit all den anderen hiermit konsistenten Studien-Ergebnissen, einen enormen Leidensdruck bei diesen Menschen.
- Die Korrelation zwischen dem Grad des Stresses beim Tragen des MNS und dem allgemeinen Stresserleben bzgl. der Corona-Krise allgemein beträgt für die interessierende Population $p=0,27$ (0,21; 0,33), der größte Anteil des Stresses bzgl. des MNS kann mit diesem anderen Stressgrad somit nicht einfach hauptsächlich erklärt werden. Das Stresserleben mit dem MNS ist in dieser Population extrem hoch, höher als das Stresserleben durch die „Corona-Krise“ allgemein.

Das fachliche Fazit der Antragstellerin und Studienautorin lautet:

Während der MNS für einzelne dieser deutlich belasteten Population „ein Schutz“ ist, der mit Selbstwirksamkeitserleben einhergeht, leidet die überwiegende Mehrheit von ihnen unter der von der Maskenpflicht erzeugten als verloren wahrgenommenen Selbstwirksamkeit, bei authentischem Unverhältnismäßigkeits- und Übergriffenerleben. Und dies eben oft auf allen oben dargestellten Ebenen (Psyche, Psychosoziales, Psychosomatik/Psychovegetatives). Damit befindet sich ein großer Teil der Belasteten mindestens auf dem Grenzbereich zur Traumatisierung, der sich genau durch diese Merkmale auszeichnet.

(vgl. **Anlage A7**, S. 22)

Die Antragstellerin möchte das Gericht auch auf über die Studie hinausreichende, zentral relevante Psycho- und Sozialdynamiken, die man als erfahrene Psychologin kritisch nennen kann, hinweisen:

- Exzessives Maskentragen im öffentlichen Raum über das ggf. absolut notwendige und damit verhältnismäßige Maß hinaus suggeriert eine **permanente Bedrohung** („Es gibt eine ständige, riesige Bedrohungslage, überall“, „du bist gefährlich“, „ich bin gefährlich“).
- Wenn durch datenbezogene/ informatorische Verzerrung (vgl. unten die Darlegungen zur aktuellen Corona-Datenlage) und Einseitigkeit Desorientierung, statt ausgewogene Informationspolitik herrscht, erfüllt das die Kriterien für „Irreführung“ bzw. „**Gaslighting**“: Die eigene Wahrnehmung (des aufmerksam-kritischen Bürgers) wird wieder und wieder zutiefst in Frage gestellt, das eigene Denken abgesprochen, einem wird, unberechtigterweise, suggeriert: Deine Wahrnehmung ist falsch. (Das kann das Vertrauen in die eigene Wahrnehmung erschüttern, ebenso das Vertrauen in behördliche, politische und ggf. justizielle Strukturen, und es kann durch die wiederkehrend erlebte Hilflosigkeit angesichts erlebter „Willkür“ ganz klar traumatisieren.)
- Von oben unverhältnismäßig erlebter Zwang und **Gewalt** wird rasch an Mitmenschen weitergegeben: Im Sinne der „Identifikation mit dem Aggressor“ kommt es zu – nicht selten aggressiven, bekanntlich z. T. auch schon gewalttätigen – Zurechtweisungen, Beschimpfungen, Beleidigungen, unter Mitmenschen und seitens der Medien und im Fall Esken auch von Politikern, und Ausgrenzungen/ Diskriminierungen. Das bewirkt gesellschaftliche Spaltung und Spannung, die, gerade auf Dauer, gefährlich ist.
- Schuldgefühle, die durch „Moralkeulen“ aktuell durch die Gesellschaft schlagen, würden durch ein unbeirrbares, faktenblindes „Masken-Dogma“ weiterhin Jung und Alt eingeflößt: Wer keine Maske tragen mag, egal vor welchen Hintergründen, wird bereits jetzt mit Attributen, impliziten oder explizit, versehen, die bis hin zu „Mörder“ reichen. Ein deutliches Räusperrn in der U-Bahn weckt schon ein schlechtes Gewissen. Was soll das bloß erst im Herbst werden?
- Auch belegt die Studie der Universitätsklinik Leipzig eine Beeinträchtigung der kardiologischen Leistungsfähigkeit beim Tragen

von Masken. (Wenn die körperliche Belastbarkeit herabgesetzt ist, sogar unter Beteiligung des zentralen Organs „Herz“ (!), verweist das direkt auf durch Masken veränderte zentrale physiologische Prozesse – was sehr weit entfernt von einer „Kleinigkeit“ ist. Masken sind demnach eine massive Intervention.

(vgl. hierzu die Untersuchung der Uniklinik Leipzig: Effects of surgical and FFP2/N95 face masks on cardiopulmonary exercise capacity, zu finden unter diesem Link: <https://link.springer.com/article/10.1007/s00392-020-01704-y>, abgerufen am 2. Oktober 2020, besprochen in der zugehörigen Pressemitteilung der Uniklinik Leipzig, https://www.uniklinikum-leipzig.de/presse/Seiten/Pressemitteilung_7089.aspx, abgerufen am 2. Oktober 2020)

b. Leib und Leben einer Vielzahl von Menschen nicht gefährdet, Überlastung des Gesundheitssystems zu keinem Zeitpunkt gegeben

In seinen Entscheidungen hat der BayVGh bislang dargelegt, dass verschiedene einschneidende Corona-Maßnahmen gerechtfertigt seien, weil die

„[...] öffentlichen Interessen an der Unterbindung weiterer Infektionen und damit verbundenen Gefahren für die Gesundheit und das Leben einzelner Personen und die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems [überwogen] [...].“

(vgl. zuletzt BayVGh, Beschl. v. 13. August 2020 – 20 CS 20.1821 Rn. 42)

Zunächst ist nochmals zu wiederholen, dass der Mund-Nasen-Schutz nach der hier vertretenen und oben dargelegten Auffassung bereits nicht geeignet ist, um weitere Infektionen zu unterbinden.

Darüber hinaus ist festzustellen, dass zum derzeitigen Zeitpunkt keine Gefährdungslage besteht, die die Eingriffe in die Grundrechte der Antragstellerin rechtfertigen vermag. Weder ist die Gesundheit einer Vielzahl von Menschen in Gefahr, noch ist die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems beeinträchtigt.

Nach wie vor schätzt das Robert-Koch-Institut, auf welches auch der BayVGH seine Entscheidungen stützt (vgl. bspw. BayVGH, Beschl. v. 7. Juli 2020 – 20 NE 20.1477, Rn. 23 f.; zuletzt BayVGH, Beschl. v. 8. September 2020 – 20 NE 20.1981, Rn. 23 f.), in seiner aktuellen Risikobewertung „*die Gefährdung für die Gesundheit der Bevölkerung in Deutschland weiterhin als hoch ein, für Risikogruppen als sehr hoch*“.

(vgl. Risikobewertung zu COVID-19 des Robert-Koch-Instituts, https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikobewertung.html, abgerufen am 28. September 2020)

Diese Bewertung des Robert-Koch-Instituts stößt auch in der Fachwelt zunehmend auf Unverständnis und Kritik. Sie missachtet mehrere Prinzipien der evidenzbasierten Wissenschaft, wie im folgenden ausgeführt werden wird.

Zunächst missachtet das Robert-Koch-Institut in seinen Bewertungen die Tatsache, dass die Zahl der positiven Testungen isoliert betrachtet keine Aussagekraft bezüglich der Gefährlichkeit des Infektionsgeschehens hat. Stattdessen kommt es auf den Verlauf der Positivenquote an, also auf das Verhältnis der Anzahl der Testungen zu den positiven Tests.

Der Tabelle 4 des Lageberichts des Robert-Koch-Instituts vom 30.09.2020 ist zu entnehmen, dass die Anzahl der Testungen im Vergleich zu den ersten Wochen und Monaten der Pandemie massiv angestiegen ist. Dass vor diesem Hintergrund auch die absolute Zahl der positiven Fälle zunimmt, ist selbstverständlich, aber gerade kein Gradmesser für die Beurteilung der Gefährlichkeit des Infektionsgeschehens. Schließlich werden durch die veränderte Teststrategie deutlich mehr Fälle aus dem Dunkelfeld geholt, beispielsweise durch die Testungen von Reiserückkehrern aus Nicht-Risikogebieten. Die Positivenquote pendelte sich seit KW 32 um ca. 1 % der gesamten Anzahl der Testungen ein und ist damit weit von der suggerierten Dramatik entfernt:

Tabelle 4: Anzahl der SARS-CoV-2-Testungen in Deutschland (Stand 15.09.2020); *KW=Kalenderwoche

KW* 2020	Anzahl Testungen	Positiv getestet	Positivenquote (%)	Anzahl übermittelnde Labore
Bis einschließlich KW10	124,716	3,892	3.12	90
11	127,457	7,582	5.95	114
12	348,619	23,820	6.83	152
13	361,515	31,414	8.69	151
14	408,348	36,885	9.03	154
15	380,197	30,791	8.10	164
16	331,902	22,082	6.65	168
17	363,890	18,083	4.97	178
18	326,788	12,608	3.86	175
19	403,875	10,755	2.66	182
20	432,666	7,233	1.67	183
21	353,467	5,218	1.48	179
22	405,269	4,310	1.06	178
23	340,986	3,208	0.94	176
24	327,196	2,816	0.86	173
25	388,187	5,316	1.37	176
26	467,413	3,689	0.79	180
27	506,490	3,104	0.61	151
28	510,551	2,992	0.59	179
29	538,701	3,497	0.65	177
30	572,967	4,534	0.79	182
31	581,037	5,699	0.98	168
32	733,990	7,330	1.00	168
33	891,988	8,661	0.97	188
34	1,092,350	9,226	0.84	198
35	1,115,638	8,309	0.74	190
36	1,099,560	8,175	0.74	192
37	1,162,133	10,025	0.86	193
38	1,148,282	13,268	1.16	201
39	1,153,075	14,044	1.22	182
Summe	16,999,253	328,566		

(vgl. Täglicher Lagebericht des RKI zur Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) vom 30. September 2020, beigelegt als **Anlage A8**, S. 10, Tabelle 4)

Auch nach den Kriterien der WHO befindet man sich mit dieser Positivenquote fernab des Krisenfalls. So sagt die WHO, dass bei umfassender Surveillance eine Positivenquote von unter 5% ein Kriterium dafür ist, dass die epidemiologische Lage unter Kontrolle ist:

1. There is indication that the epidemic is controlled

[...]

Table 1. Epidemiological Criteria

Epidemiological Criteria*	Explanation
[...] Less than 5% of samples positive for COVID-19, at least for the last 2 weeks, ° assuming that surveillance for suspected cases is comprehensive	The % positive samples can be interpreted only with comprehensive surveillance and testing of suspect cases, in the order of 1/1000 population/week

(vgl. WHO, Public health criteria to adjust public health and social measures in the context of COVID-19, 12. Mai 2020, abgerufen am 2. Oktober 2020 unter <https://www.who.int/publications/i/item/public-health-criteria-to-adjust-public-health-and-social-measures-in-the-context-of-covid-19>, S. 1)

Bestätigung findet der hiesige Vortrag zudem in der jüngsten Stellungnahme des Deutschen Netzwerks Evidenz-basierte Medizin e.V. (EbM-Netzwerk) vom 08. September 2020. Dort heißt es u.a. (Angaben in eckigen Klammern verweisen innerhalb der Stellungnahme auf Quellen; Hervorhebungen durch den Unterzeichner):

„Bei einer derzeit vorliegenden niedrigen Prävalenz der Infizierten bzw. positiv Getesteten (in Deutschland ca. 0,025%, in Österreich ca. 0,03%, in der Schweiz ca. 0,04% der Bevölkerung – die wahrscheinlich niedrige Dunkelziffer nicht berücksichtigt) werden in allen drei Ländern Massentestungen auf SARS-CoV-2 durchgeführt, in Deutschland zuletzt fast 900.000 Tests pro Woche (33. KW 875.524), in Österreich 63.000 und in der Schweiz 73.000. Die Testpositiven-Rate liegt in Deutschland unter 1%, in Österreich bei etwa 2%, in der Schweiz bei etwa 3% [6,25,26].

Die Nationale Teststrategie in Deutschland sieht vor, dass sowohl symptomatische als auch asymptomatische Personen getestet werden. Als „symptomatisch“ gelten „Personen mit jeglichen akuten respiratorischen bzw. COVID-19 typischen Symptomen, inklusive jeder „ärztlich begründete Verdachtsfall“ [27]. Eine derartig weite Indikationsstellung führt zu einer wahllosen Überdiagnostik, da pro Woche bis zu 2,8% der Bevölkerung wegen eines respiratorischen Infekts einen Haus- oder Kinderarzt aufsuchen [28]. Darüber hinaus sollen asymptomatische Personen getestet werden, darunter auch Einreisende aus Nicht-Risikogebieten und nach Aufenthalt in Regionen mit einer Inzidenz >50/100.000 in 7 Tagen. Abgesehen

davon, dass die derzeitigen Testkapazitäten für diese umfangreichen Messungen nicht ausreichend sind, gibt es keinen wissenschaftlichen Nachweis oder nur Hinweis, dass diese Teststrategie zu einer Verminderung von Hospitalisierungen oder Todesfällen durch COVID-19 führt.

Wie bei allen Massentestungen ist zu hinterfragen, welche Aussagekraft die Testergebnisse haben und welcher Nutzen für die Getesteten oder auch die Bevölkerung als Ganzes durch diese Tests zu erwarten ist. Betrachten wir zunächst die Aussagekraft. Im deutschen Ringversuch fand sich bei 983 Messungen aus 463 Laboratorien eine Spezifität von 98,6% (Konfidenzintervall 0,976-0,992) für die korrekte Erkennung der Negativprobe [29]. Die Spezifität sinkt auf 92,4 % (95% KI 90,5-93,9), wenn die Negativprobe mit HCoV 229 E infiziert ist, einem der humanen Coronaviren, die eine gewöhnliche Erkältung auslösen können. Bisher gibt es keine publizierten und wirklich verwertbaren diagnostischen Genauigkeitsstudien zum SARS-CoV-2 PCR-Test. Eine soeben publizierte kleine chinesische Studie fand zwar eine Spezifität von 100%, das Ergebnis ist allerdings bei nur sechs Messungen nicht verwertbar, da das 95% Konfidenzintervall von 0,61-1,00 reicht [30]. Das gleiche gilt für eine niederländische Studie, die ebenfalls nur sechs Negativproben mit sieben unterschiedlichen PCR-Kits testete [31].

Derzeit kann man von einer mit PCR-Tests nachweisbaren SARS-CoV-2-Prävalenz von 0,025% ausgehen. Diese Zahl ergibt sich aus der täglichen Zahl der Neuinfektionen (ca. 1.000), der deutschen Bevölkerungsgröße (ca. 80 Mio.) und dem Faktor 20, weil eine Infektion im Median 20 Tage lang mit PCR-Tests nachweisbar ist. Bei einer solch niedrigen Prävalenz von 0,025% führt auch ein Test mit einer 99,9%igen Spezifität zu deutlich mehr falsch-positiven als richtig-positiven Befunden. Erst wenn die Spezifität 99,99% beträgt, könnte ein ungezieltes Testen halbwegs verwertbare Ergebnisse erzielen. Besser aber wäre ein Testen nur bei begründetem Verdacht: Denn bei einer Prävalenz von 0,15% (dies entspricht der RKI-Definition eines Risikogebiets) sind falsch-positive Ergebnisse in der Minderheit, egal ob die Spezifität 99,9% oder 99,99% beträgt. Ein großes Problem derzeit ist aber, dass die

Testgenauigkeit der verschiedenen PCR-Tests so genau noch nicht ermittelt wurde. Die vorliegenden Daten beziehen sich auf die Testgüte im Laborversuch, nicht an echten Proben. Hier wären also dringend pragmatische diagnostische Genauigkeitsstudien im Setting der derzeitigen Teststrategie von Nöten, um Klarheit über die Aussagekraft des Testens zu bekommen. [...]

Die derzeitige Teststrategie und Informationspolitik erweckt eher den Anschein, dass die positiven Testergebnisse ohne Bezug zur Menge der durchgeführten Tests und ohne Bezug zur Bevölkerung benutzt werden, um die derzeitige Strategie zur Eindämmung der COVID-Pandemie zu rechtfertigen. Die derzeit propagierte Nationale Teststrategie ist teuer und mit hoher Wahrscheinlichkeit nutzlos, alleine schon, weil es aufgrund der nicht ausreichend hohen Sensitivität, der hohen Rate asymptomatisch Infizierter und der unbekanntes Dunkelziffer von Virusträgern nicht gelingen kann, SARS-CoV-2 aus der deutschen, österreichischen oder Schweizer Bevölkerung zu eliminieren. Richtig wäre es, die Testungen auf Personen mit hohem Risiko für das Vorliegen einer Infektion zu fokussieren, um die Vortestwahrscheinlichkeit und damit die Aussagekraft des Testergebnisses zu erhöhen.“

(vgl. Stellungnahme des Deutschen Netzwerks Evidenz-basierte Medizin e.V. (EbM Netzwerk), „COVID-19: Wo ist die Evidenz?“, 8. September 2020, beigelegt als **Anlage A9**, S. 5 f.)

Die derzeit verfolgte Teststrategie ist aber auch deshalb problematisch, weil sie zu einer erheblichen Verzerrung der Anzahl der positiven Tests führt. Dr. med. Dagmar Lühmann vom Institut und Poliklinik für Allgemeinmedizin des Universitätsklinikums Hamburg-Eppendorf stellt hierzu u.a. fest:

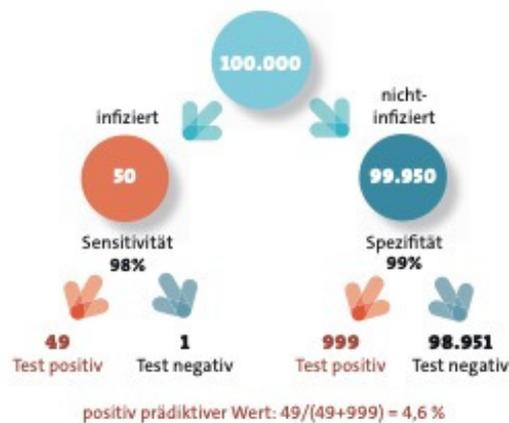
„Kein Test ist unfehlbar, auch der als Nachweis einer SARS-COV-2 Infektion durchgeführte PCR-Test nicht. Im Ringversuch wies der in deutschen Laboren durchgeführte Test eine Sensitivität von 97,7 bis 98,8 % auf, die Spezifität betrug 98,6 %. Das hört sich zunächst mal gut an – von 100 Infizierten würden etwa 98 als infiziert erkannt, und adäquate Maßnahmen könnten ergriffen werden (Sen-

sitivität). Und von 100 nicht-Infizierten erhielten 98 oder sogar 99 ein richtig negatives Testergebnis (Spezifität), 1-2 Personen würden allerdings entweder fälschlich als infiziert bezeichnet oder ihr Testergebnis wäre nicht interpretierbar. Diese Zahlen beziehen sich zunächst einmal auf die Genauigkeit des Tests unter kontrollierten Laborbedingungen. Hinzu kommen eventuelle Fehler, zum Beispiel bei der Probenentnahme, Probentransport oder auch Verwechslungen oder die Problematik des richtigen Zeitfensters für den Virusnachweis.“

Die Problematik der falsch-positiven Tests wird besonders in folgender Abbildung eindrücklich veranschaulicht:

heit entfernt. Rechnet man das Ganze unter Annahme der sehr viel günstigeren Sensitivitäts- und Spezifitätswerte von 98% und 99% aus den Laborversuchen, ändert sich nicht viel an der Aussage (Abb. 2):

ABB. 2: LABORBEDINGUNGEN
Wahrscheinlichkeit einer SARS-COV-2-Infektion bei positivem Testergebnis und niedriger Prävalenz



In Kenntnis des positiven Testergebnisses beträgt die Wahrscheinlichkeit, infiziert zu sein, nun 4,6% – auch dieses Ergebnis ist noch sehr weit von Gewissheit entfernt. Es würden allerdings nur etwa 1000 und nicht 5000 Menschen umsonst in Quarantäne geschickt.

Und noch eines wird aus diesem Szenario klar: Selbst wenn keine infizierten Personen unter den 100.000 sind, wird es beim anlasslosen Testen auch unter optimierten Bedingungen immer noch etwa 1000 falsch positive Testergebnisse auf 100.000 Tests geben. Corona bleibt uns erhalten.

Vielleicht hätten einige Entscheidungsträger Tedros Adhanom Ghebreyesus weiter zuhören sollen – der Satz ging weiter „Test, test, test. Test every suspected case ...“ ■

Dr. med. Dagmar Lühmann
Institut und Poliklinik für Allgemeinmedizin,
Universitätsklinikum Hamburg-Eppendorf
Kontakt: EBM-Netzwerk
E-Mail: kontakt@ebm-netzwerk.de
Tel: 030 / 308 336 60

(vgl. Lühmann im Auftrag des Netzwerks für Evidenzbasierte Medizin, „Anlassloses Testen auf SARS-Cov-2“, 20. August 2020, beigelegt als **Anlage A10**)

Der PCR-Test – im Übrigen nur ein Screening- und kein Diagnoseinstrument – ist bei dem aktuell geringen (Positivenrate derzeit: 1,22 %) Infektionsgeschehen ohne deutliche Aussagekraft, weil die Rate der falsch-positiven Tests durch eine hohe Anzahl an Tests bei geringer Verbreitung in der Bevölkerung, wie bereits oben erwähnt, sehr hoch ist.

Vgl. zu dieser Thematik auch den Artikel „Ergebnisse richtig interpretieren“ von Ralf Schlenger (Deutsches Ärzteblatt, Jg. 117, Heft 24, 12. Juni 2020, beigelegt als **Anlage A11**).

Auch weitere zentrale Faktoren, die für eine übergreifende Einschätzung der Gefährdungslage der Bevölkerung eine Rolle spielen - der Grad der Auslastung der Intensivbettenkapazitäten mit (beatmeten) Covid-19-Patienten, die Infection Fatality Rate usw. – stehen der Einschätzung einer generellen hohen Gesundheitsgefährdung durch das Robert-Koch-Institut entgegen.

So ist die immer wieder als Rechtfertigung für einschneidende Corona-Maßnahmen angeführte angestrebte Vermeidung der Überforderung des Gesundheitssystems nach wie vor in weiter Ferne. Nach dem Tagesreport der Deutschen Interdisziplinären Vereinigung für Notfall- und Unfallmedizin vom 29. September 2020 (sog. DIVI-Intensivregister) stehen landes- und bundesweit tausende Intensivbetten leer (vgl. DIVI-Intensivregister vom 29. September 2020, beigelegt als **Anlage A12**).

Auch das ebM-Netzwerk kommt in seiner bereits zitierten Stellungnahme zum Ergebnis:

„Zu bemerken ist, dass die steigende Anzahl der Test-positiven nicht von einem parallelen Anstieg der Hospitalisierungen und Intensivbehandlungen oder Todesfälle begleitet ist.“

(vgl. **Anlage A9**, S. 6)

Aus alledem ergibt sich, dass ohne eine explizite Bereinigung der Zahlen von den deutlich verzerrenden Effekten (Effekt ansteigender Zahlen positiv Getesteter durch ansteigende Zahl der Testungen, Problem der falsch-Positiven-Rate) die Aussagekraft der Risikobewertungen und Lageberichte des Robert-Koch-Instituts unbedingt hinterfragt werden muss. Die vom Robert-Koch-Institut wiederholt und fortdauernd vorgebrachte Einstufung der Gefährdung der Gesundheit der Bevölkerung als „sehr hoch“ kann ja nicht isoliert betrachtet werden, sondern vor dem Hintergrund, dass sich alle drei Staatsgewalten bei ihren Entscheidungen darauf stüt-

zen – so auch der BayVGH, der in seinen letzten Entscheidungen aus den Veröffentlichungen des Robert-Koch-Instituts zitiert.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die derzeitige Pandemielage keineswegs so dramatisch ist, die Gesundheitsgefährdung der deutschen Bevölkerung keineswegs so hoch ist und die Kapazitäten des deutschen Gesundheitssystems keineswegs so gefährdet sind, um die Eingriffe in die Grundrechte der Antragstellerin rechtfertigen zu können. Sie sind daher schon aus diesem Grund unverhältnismäßig.

c. Dauer der Maßnahmen wiegt schwer, Einschätzungsspielraum des Verordnungsgebers ist inzwischen deutlich geringer als zu Beginn der Pandemie

Ebenfalls gegen die Verhältnismäßigkeit der angegriffenen Maßnahmen spricht deren Dauer. Es ist auch in der Rechtsprechung des BayVGH anerkannt, dass eine eingriffsintensive Maßnahme dann gerechtfertigt sein kann, wenn ihre Dauer von vorn herein begrenzt ist. Mit unter anderem diesem Argument wurde die befristete MNS-Pflicht im Schulunterricht zu Beginn des Schuljahres in einer der jüngsten Entscheidungen für angemessen erklärt (vgl. bspw. BayVGH, Beschl. v. 7. September 2020 – 20 NE 20.1981, Rn. 38).

Für die allgemeine Maskenpflicht gilt diese zeitliche Begrenzung nicht. Zwar wird die Geltungsdauer der 6. BayIfSMV immer nur für einige Wochen verlängert, zuletzt bis zum 3. Oktober 2020, vgl. § 24 6. BayIfSMV. Ein Ende dieser Praxis ist aber derzeit nicht in Sicht, im Gegenteil erklärte Ministerpräsident Dr. Söder zu den jüngst zwischen Bund und Ländern beschlossenen Beschränkungen:

„Es folgt im Prinzip dem bayerischen Vorschlag. All die Empfehlungen sind das, was wir in Bayern zum Teil schon gemacht haben. Und es gibt einen klaren Regelmechanismus, der für die Länder gilt“, sagte Söder. Ab einer Sieben-Tage-Inzidenz von 35 gebe es verschärfte Maßnahmen, ab 50 klare Regeln. "Die heißen de facto: mehr Maske, weniger Alkohol und kleinere private Feiern. Insofern fühlen wir uns bestätigt“, so Söder.

(vgl. Söder über Corona-Beschlüsse: Genau das, was wir wollten, <https://www.br.de/nachrichten/bayern/soeder-ueber-corona-beschluesse-genau-das-was-wir-wollten,SBzyGOB>, abgerufen am 30. September 2020)

Diese Entwicklung ist mit Hinblick auf die oben bereits dargestellten Auswirkungen der Maskenpflicht auf die psychische Gesundheit der Bevölkerung äußerst problematisch. Wie die Antragstellerin in ihrer bereits zitierten Studie dargestellt hat, leiden die Menschen unter der Endlosigkeit der Maßnahmen. So fiel das Wort „Endlosigkeit“ immer wieder in den freien Antwortmöglichkeiten auf die Frage, was die Teilnehmerinnen und Teilnehmer am meisten an der Mund-Nasen-Schutz-Verordnung störe (vgl. **Anhang A7**, S. 70, 122 ff.). Außerdem bejahen auf die Frage, wann ihr Stresserleben wohl geringer wäre, ca. 75%: „Wenn ich wüsste, dass die MNS-Pflicht zu einem klaren, baldigen Zeitpunkt endet.“ Unter den drei Antwortoptionen (mit Mehrfachauswahl) wurde diese am häufigsten bejaht (vgl. **Anhang A7**, S. 57). Dies deckt sich mit den vom Deutschen Ethikrat in seiner Ad-hoc- Stellungnahme zu den Corona-Maßnahmen im März 2020 gemachten Ausführungen zum kritischen zeitlichen Faktor (die Akzeptabilität in der Bevölkerung sei u. a. abhängig vom Verhältnismäßigkeitsprinzip der Maßnahmen unter Einbezug der „Zeitdimension“).

Wie der BayVGh verschiedentlich ausgeführt hat, steht dem Verordnungsgeber ein weiter Einschätzungsspielraum bei der Wahl seiner Maßnahmen zur Eindämmung des Infektionsgeschehens zu (bspw. BayVGh, Beschl. v, 07. Juli 2020 – 20 NE 20.1477 Rn. 17, zuletzt BayVGh, Beschl. v. 7. September 2020 – 20 NE 20.1981, Rn. 38).

Auch nach Auffassung der Antragstellerin war zumindest zu Beginn der Pandemie in Deutschland im März 2020 die Einführung der Maskenpflicht vor diesem Hintergrund zumindest vertretbar, da es zu diesem Zeitpunkt schlicht an belastbarer Forschung zu diesem Thema fehlte und die gewisse Wahrscheinlichkeit eines Nutzens vorlag.

Diese Lage hat sich aber inzwischen geändert.

Das Bundesverfassungsgericht hat den Einschätzungsspielraum des Verordnungsgebers anerkannt, führt aber auch aus (Hervorhebungen durch den Unterzeichner):

„Wenn wie hier die Freiheits- und Schutzbedarfe der verschiedenen Grundrechtsträger in unterschiedliche Richtung weisen, haben der Gesetzgeber und auch die von ihm zum Verordnungserlass ermächtigte Exekutive nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG von Verfassungs wegen einen Spielraum für den Ausgleich dieser widerstreitenden Grundrechte. Im vorliegenden Fall besteht dabei wegen der im fachwissenschaftlichen Diskurs auftretenden Ungewissheiten und der damit unsicheren Entscheidungsgrundlage auch ein tatsächlicher Einschätzungsspielraum. Freilich kann dieser Spielraum mit der Zeit – etwa wegen besonders schwerer Grundrechtsbelastungen und wegen der Möglichkeit zunehmender Erkenntnis – geringer werden.

(vgl. BVerfG, Beschl. v. 13. Mai 2020 – 1 BvR 1021/20 Rn. 10)

So liegt der Fall hier. Mit den zwischenzeitlich gewonnenen wissenschaftlichen Erkenntnissen muss doch auch die Rechtsprechung anerkennen, dass sich der Einschätzungsspielraum des Verordnungsgebers deutlich eingeengt hat.

Dies betrifft zunächst die Erkenntnisse über die individuelle und gesamtgesellschaftliche Schadensseite der Maskenpflicht, die durch die Studie der Antragstellerin (**Anlage A7**) belegt wurde. Diese ist nach dem hiesigen Kenntnisstand noch überhaupt nicht in die fortlaufend vorzunehmende Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Verordnung durch den Verordnungsgeber eingestellt worden.

Weiterhin ist evident geworden, dass durch die in dieser Antragschrift zitierten Artikel und Studien (insbesondere von *Kappstein*, **Anlage A6**) der Nutzen der Maskenpflicht im nicht-klinischen Testumfeld nicht nachgewiesen ist. Dieser Nachweis wäre aber inzwischen zwingend vom Verordnungsgeber zu führen gewesen. Der Verordnungsgeber kann sich doch nicht über Monate hinweg bezüglich einer so grundrechtsintensiven Maßnahme wie der Maskenpflicht auf seinen Einschätzungsspielraum be-

rufen, ohne in dieser Zeit weitere wissenschaftliche Erkenntnisse über deren Nutzen einzuholen. Dieses Versäumnis kann nicht zu Lasten der Antragstellerin und aller weiterer Bürgerinnen und Bürger gehen.

Würde man dies anders sehen und dem Ordnungsgeber einen fortwährenden, weiten Einschätzungsspielraum zugestehen, so bewegte sich der davon betroffene Bürger insofern in einem rechtsschutzfreien Raum: einerseits wäre er von Maßnahmen betroffen, die der Ordnungsgeber in Ausnutzung seines Einschätzungsspielraums anordnet, andererseits könnte er diese Maßnahmen aber dauerhaft keiner gerichtlichen Überprüfung unterziehen, weil sie vom Einschätzungsspielraum des Ordnungsgebers gedeckt seien. Dies stellt nach der hier vertretenen Einschätzung einen unhaltbaren Zustand dar.

d. Die Vorschriften der 6. IfSMV verstoßen gegen die Schranken-Schranken des Parlamentsvorbehalts/ der Wesentlichkeitstheorie sowie des Bestimmtheitsgrundsatzes

Die oben benannten Eingriffe in die Grundrechte der Antragstellerin sind auch deshalb nicht gerechtfertigt, weil die angegriffenen Vorschriften der 6. BayIfSMV den Anforderungen des Parlamentsvorbehalts und der Wesentlichkeitstheorie sowie dem Bestimmtheitsgrundsatz nicht genügen und insofern bereits deshalb verfassungswidrig sind. Es wird hier die Auffassung vertreten, dass § 32 S. 1 und 2 i. V. m. § 28 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 IfSG keine verfassungsgemäße Ermächtigungsgrundlage für den Erlass der angegriffenen Vorschriften ist.

In einer aktuellen Entscheidung hat der BayVGh zu dieser Frage unter Wiederholung seiner eigenen Grundsätze ausgeführt (Hervorhebungen durch Unterzeichner):

„Dem Erlass der streitgegenständlichen Regelung steht auch nicht der Parlamentsvorbehalt entgegen. Richtig ist zwar, dass der Senat in seinem Beschluss zur Schließung der Einzelhandelsgeschäfte (BayVGh, B.v. 27.4.2020 - 20 NE 20.793 - juris, Leitsatz 3) ausgeführt hat: „Sollte sich aufgrund der Fortentwicklung der Pandemielage jedoch zeigen, dass die grundrechtsbeeinträchtigenden Maßnahmen nicht mehr nur kurzfristiger Natur sind, sondern längere

Zeit fort dauern, erscheint zweifelhaft, ob der Vorbehalt des Gesetzes als wesentlicher Grundsatz einer parlamentarischen Staatsform ohne den Erlass eines Maßnahmegesetzes durch den parlamentarischen Bundesgesetzgeber als Rechtsgrundlage für mittel- und langfristig wirkende Maßnahmen gewahrt werden kann.“

(vgl. VGH München Beschl. v. 8.9.2020 – 20 NE 20.1981, Rn. 25)

Schon unter Heranziehung seiner eigenen Grundsätze müsste der BayVGh vorliegend zum Ergebnis kommen, dass der Parlamentsvorbehalt verletzt ist. Die Maskenpflicht fällt exakt in den Bereich grundrechtsbeeinträchtigender Maßnahmen, die mittel- und langfristig wirken und daher eben nicht auf den Ordnungsgeber eines Landes delegiert werden dürfen, sondern eines formellen Bundesgesetzes bedürfen.

In der Folge zitiert der BayVGh umfangreich aus Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Verweisungen auf Rechtsprechung durch Unterzeichner mit „[...]“ ersetzt):

„Die Entscheidung wesentlicher Fragen ist vor diesem Hintergrund dem parlamentarischen Gesetzgeber vorbehalten. [...] Damit soll gewährleistet werden, dass Entscheidungen von besonderer Tragweite aus einem Verfahren hervorgehen, das der Öffentlichkeit Gelegenheit bietet, ihre Auffassungen auszubilden und zu vertreten, und das die Volksvertretung dazu anhält, Notwendigkeit und Ausmaß von Grundrechtseingriffen in öffentlicher Debatte zu klären. Geboten ist ein Verfahren, das sich durch Transparenz auszeichnet und das die Beteiligung der parlamentarischen Opposition gewährleistet [...]. Wann und inwieweit es einer Regelung durch den Gesetzgeber bedarf, lässt sich nur mit Blick auf den jeweiligen Sachbereich und auf die Eigenart des betroffenen Regelungsgegenstandes bestimmen. Verfassungsrechtliche Anhaltspunkte sind dabei die tragenden Prinzipien des Grundgesetzes, insbesondere Art. 20 Abs. 1 bis 3 GG und die Grundrechte. [...] „Wesentlich“ bedeutet danach zum einen „wesentlich für die Verwirklichung der Grundrechte“ [...] (...) Der Gesetzgeber ist zum anderen zur Regelung der

Fragen verpflichtet, die für Staat und Gesellschaft von erheblicher Bedeutung sind [...].

Weiterhin heißt es in der zitierten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und für das hier vorgetragene Anliegen zentral (Hervorhebungen durch Unterzeichner):

(...) Die Qualifikation einer Regelung als „wesentlich“ hat typischerweise ein Verbot der Normdelegation und ein Gebot größerer Regelungsdichte durch den parlamentarischen Gesetzgeber zur Folge [...]. Damit werden ergänzende Regelungen durch Rechtsverordnung zwar nicht völlig ausgeschlossen; die wesentlichen Entscheidungen müssen jedoch in einem formellen Gesetz enthalten sein.

(vgl. VGH München Beschl. v. 7. September 2020 – 20 NE 20.1981, Rn. 25-27)

Nach diesen Grundsätzen kommt der BayVGH bei der Frage einer zeitlich begrenzten Maskenpflicht im Schulunterricht zum Ergebnis, dass hierfür keine parlamentarische Regelung durch den Bundesgesetzgeber erforderlich sei. Unter anderem entscheidend sei, dass sich der Eingriff in die Grundrechte der Schüler schon deshalb in Grenzen halte, weil die Maßnahme von vorn herein befristet worden sei (vgl. ebd. Rn. 28).

Nach hiesiger Ansicht stellen die Regelungen zur Maskenpflicht in der 6. BaylFSMV eine im Sinne der zitierten Grundsätze wesentliche Regelung dar.

Sie sind bereits deshalb wesentlich, weil sie einen höchst grundrechtsrelevanten und eingriffsintensiven Bereich treffen. Die Maßnahmen schreiben ein Verhalten vor, das zahlreiche negative Auswirkungen auf die physische und psychische Gesundheit einer Vielzahl von Menschen hat.

Darüber hinaus ist die Maskenpflicht – je nach Situation – im Zweifel zahlreiche Stunden pro Tag zu befolgen. Sie stellt für viele Menschen eine tägliche und stets wiederkehrende Beeinträchtigung ihrer grundrechtlich garantierten Freiheiten dar. Auch die Antragstellerin erlebt als Person ohne

Kfz-Führerschein im Alltag fortdauernde und wiederkehrende Eingriffe in ihre Grundrechte schon alleine durch die Nutzung des öffentlichen Verkehrs.

Die Wesentlichkeit ergibt sich aber auch aus der zeitlich nicht begrenzten Dauer der Maßnahme. Aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sowie aus dem Umkehrschluss zur oben zitierten Entscheidung des BayVGh zur zeitlich begrenzten Maskenpflicht für Schüler folgt, dass auch die Dauer einer eingreifenden Maßnahme schon isoliert betrachtet eine gewichtige Rolle für die Beurteilung der Eingriffsintensität spielt. Hält sich die Schwere eines Eingriffs bei einer von vorn herein zeitlich befristeten Maßnahme in Grenzen, so belastet eine zeitlich unbefristete Maßnahme umso mehr.

Wie bereits an verschiedenen Stellen ausgeführt wurde, ist insbesondere die fehlende zeitliche Befristung der Maskenpflicht hier problematisch. Auch tägliche, leichtere Eingriffe in die Grundrechte werden durch die fehlende Perspektive eines Endes zu einem wesentlichen Faktor, der einer Regelung durch den Bundesgesetzgeber bedarf.

Rein vorsorglich wird an dieser Stelle dem zu erwartenden Einwand entgegengetreten, die in Rede stehenden Bestimmungen seien nur bis zum 3. Oktober 2020 befristet; die Verlängerung der 6. BayIfSMV wird nach aller Voraussicht nur eine Formsache sein.

Die Antragstellerin sieht sich bei der Frage zur Verfassungswidrigkeit der Ermächtigungsgrundlage im Einklang mit zahlreichen Vertreterinnen und Vertretern der Rechtslehre.

So stellt Prof. Dr. Trute fest:

„Damit ist freilich noch nicht ausgemacht, dass die Regelung des § 28 IfSG als Generalklausel die weiterreichenden Grundrechtseinschränkungen trägt, die auf seiner Grundlage angeordnet worden sind [...]. Man wird man mit Fug daran zweifeln können. In der Tat hat zumindest die a.F. durchaus nicht unerhebliche Bedenken im Hinblick auf Art. 80 Abs. 1 GG aufgeworfen. Ein mehr oder weniger generelles Verbot von Versammlungen, von religiösen Ge-

beten und Gottesdiensten, Besuchsbeschränkungen, Beschränkungen der Kontakte auf das Nötigste, in anderen Ländern auch allgemeine Ausgangsbeschränkungen, all das sind so erhebliche Einschränkungen, dass der Gesetzgeber sub specie der Wesentlichkeitsdoktrin selbst die Eingriffsmöglichkeiten bestimmen muss und dies nicht über eine Generalklausel der Exekutive überlassen darf.“

(vgl. Trute, Rechtsprechung zum Infektionsrecht in der SARS-COV-2-Welt, JM 7/8 2020, beigelegt als **Anlage A13**, S. 295)

Der ehemalige Präsident des Bundesverfassungsgerichts, Hans-Jürgen Papier, schreibt (Hervorhebungen durch Unterzeichner):

„Im Kontext der Grundrechtsbeschränkungen durch die Corona-Schutzmaßnahmen drängt sich ein weiteres Problem auf: Nach den grundgesetzlichen Strukturprinzipien von Demokratie und Rechtsstaat im Sinne des Art. 20 GG, die den verfassungsrechtlichen "Wesentlichkeitsgrundsatz" insbesondere bei Grundrechtsbeschränkungen enthalten, sind alle wesentlichen Entscheidungen zur Grundrechtsausübung und -einschränkung durch das unmittelbar durch Wahlen vom Volk legitimierte Parlament zu treffen. Der Gesetzgeber ist in den Worten des Bundesverfassungsgerichts dazu verpflichtet, "in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, soweit diese staatlicher Regelung zugänglich ist, alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen". [...]

Dies betrifft nicht allein die Frage, ob ein bestimmter Sachbereich überhaupt gesetzlich zu regeln ist, sondern auch den Detaillierungsgrad einer parlamentsgesetzlichen Regelung, also die Frage, "wie weit diese Regelungen im Einzelnen zu gehen haben". [...] Das Parlament darf insbesondere die Festlegung der sachlichen Voraussetzungen für die Vornahme von Grundrechtseingriffen und die Regelung der wesentlichen Eingriffsmodalitäten nicht durch allzu weit und unbestimmt gefasste Eingriffsermächtigungen der Exekutive überlassen. Diese Anforderungen des Parlamentsvorbehalts

decken sich mit dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot. Dieses verlangt vom Gesetzgeber, der Regierung und Verwaltung "steuernde und begrenzende Handlungsmaßstäbe" vorzugeben. [...] Dies ist Voraussetzung dafür, dass die Gerichte eine wirksame Rechtskontrolle vornehmen können. Nur bei einer hinreichenden Bestimmtheit und Klarheit des Gesetzes können sich die Normunterworfenen auf sie zukommende Belastungen rechtzeitig einstellen. [...] Wie hoch die Anforderungen an präzise gesetzliche Vorgaben und an die Bestimmtheit gesetzlicher Regelungen sind, richtet sich dabei danach, ob und wie intensiv durch die gesetzlichen Regelungen in Grundrechte Dritter eingegriffen wird oder eingegriffen werden kann. [...]

Die Corona-Schutzmaßnahmen sind mittlerweile in allen Bundesländern durch Rechtsverordnungen geregelt worden, gestützt auf die §§28 und 32 IfSG. [...] Die Eingriffsermächtigung nach §32 IfSG mag hinreichend rechtsstaatlich und demokratiestaatlich adäquat sein, soweit es um zeitlich, regional und personell limitierte Maßnahmen der Gefahrenabwehr und -vorsorge geht. Ein sogenannter Shutdown nationalen Ausmaßes ist aber in diesem Gesetz weder angesprochen noch in grundsätzlicher Hinsicht geregelt. Eine derartige massive und nicht nur kurzzeitige Einschränkung des gesamten gesellschaftlichen und individuellen Lebens sollte nicht auf eine solche Generalklausel gestützt werden dürfen, also dem weitgehenden Ermessen von 16 Landesregierungen und ihrer nachgeordneten Behörden überantwortet sein. Für die freiheitliche Ordnung des gesamten Gemeinwesens nach Art, Ausmaß und Dauer wesentliche Einschnitte müssen im förmlichen Verfahren der parlamentarischen Gesetzgebung bestimmt werden und dürfen nicht anderen Normgebern überlassen werden. Nur dann verfügen sie über die notwendige demokratische Legitimation, nur so sind auch Öffentlichkeit, Transparenz und Rechtssicherheit gewährleistet."

(vgl. Papier, Umgang mit der Corona-Pandemie: Verfassungsrechtliche Perspektiven, 21. August 2020, APUZ 35-37, beigelegt als **Anlage A14**)

Mit den bisherigen Ausführungen in diesem Antrag sollte deutlich geworden sein, dass die Maskenpflicht ein diesem Sinne wesentlicher Einschnitt für das gesamte Gemeinwesen darstellt.

Hinzu kommt, dass im Falle der 6. BaylFSMV kein parlamentarischer Gesetzgeber an der Ausgestaltung der nach Art, Ausmaß und Dauer wesentlichen Einschnitte beteiligt wurde. Im Gegenteil, eine parlamentarische Mitsprache und damit eine parlamentarische Kontrolle des Verordnungsgebers ist nicht möglich. Versuche der parlamentarischen Opposition, die Verordnungen des Gesundheitsministeriums durch Mitsprache des bayerischen Landtags zumindest in etwas demokratischere Bahnen zu lenken, wurden durch die Regierungsmehrheit verhindert.

(vgl. hierzu <https://www.bayern.landtag.de/aktuelles/aus-dem-plenum/parlamentsbeteiligungsgesetz/>, abgerufen am 30. September 2020)

Dabei ist besonders frappierend und verstörend, dass es bei den bayerischen Behörden keinerlei Aktenmaterial gibt, das eine ernsthafte Auseinandersetzung des Normgebers mit den gravierenden Folgen seiner Verordnung belegt; diese hat offenbar nicht stattgefunden!

So schreibt Frau Jessica Hamed, Rechtsanwältin in einigen „Corona“-Verfahren:

„Das Gericht folgte unserem Antrag auf Vorlage der Behördenakte in Bezug auf die diesseits umfassend angegriffenen Anti-Corona-Maßnahmen und bat den Antragsgegner diese vorzulegen. Auf fünf Seiten erklärte sodann das bayrische Gesundheitsministerium, dass keine Behördenakte existiere und auch nicht zusammengestellt werden könne.

Gemeinsam mit meinem Kollegen [...] führe ich bekanntermaßen in mehreren Bundesländern Verfahren wie die in Bayern. In den Ländern, in denen bereits Akteneinsicht gewährt wurde, wurden durchgehend – wenngleich überwiegend in unbefriedigendem Ausmaße – Dokumente vorgelegt.“

(vgl. auch mit weiteren Details <https://www.ckb-anwaelte.de/corona-update-17-august-2020/>, dort Ziff. II., abgerufen am 2. Oktober 2020)

Dies ist mit Blick auf den Parlamentsvorbehalt äußerst problematisch, denn dieser dient in einem demokratischen Gemeinwesen der Transparenz und schafft erst die Möglichkeit für die Öffentlichkeit, sich zur Materie Meinungen zu bilden und zu vertreten. Diese demokratisch gebotene Mühe hat offenbar in Bayern niemand für notwendig erachtet – hier kommt eine Geringschätzung des Parlaments und des demokratischen Prozesses zum Ausdruck, die alleine schon die Rechtswidrigkeit der Verordnung zur Folge haben dürfte.

Darüber hinaus ist aber auch in geradezu offensichtlicher Weise der Wesentlichkeitsgrundsatz verletzt. Denn dieser hätte hier erfordert, dass sich der Verordnungsgeber mit den Zielen, der Dauer, den sonstigen Auswirkungen und schlicht überhaupt mit den Hintergründen einer so eingriffsintensiven Maßnahme auseinandergesetzt hätte. Denn je eingriffsintensiver die Maßnahme, desto höher die Anforderungen an deren Begründung. Nicht die Inanspruchnahme der Freiheit, sondern ihre Beeinträchtigung unterliegt in einer Demokratie der Rechtfertigung! Dass es dazu keinerlei Akteninhalt beim Antragsgegner gibt, spricht die Sprache einer für eine Demokratie zu selbstbewussten und unkontrollierten Exekutive.

Aufgrund dieser Darlegungen kann nunmehr nicht mehr davon ausgegangen werden, dass die im Raum stehenden Grundrechtseingriffe durch eine auf die §§ 32, 28 IfSG gestützte Verordnung mit dem Prinzip des Vorbehalts des Gesetzes genügen. Der Bundes- und Landesgesetzgeber hatte seit Beginn der Pandemie ausreichend Zeit und Gelegenheit, hier Abhilfe zu schaffen, hat dies bislang aber unterlassen. Ein Rückgriff auf die infektionsschutzrechtliche Generalklausel ist daher nicht mehr gerechtfertigt.

IV. Rechtsschutzlücke, da Empfehlungen des Robert-Koch-Instituts nicht hinterfragt werden

Als äußerst problematisch erweist sich auch die Tatsache, dass alle drei Staatsgewalten sich bei ihren Maßnahmen exklusiv auf die Einschätzungen und Empfehlungen des Robert-Koch-Instituts verlassen. Dies mag für

die Legislative und Exekutive wegen der herausragenden Stellung des Robert-Koch-Instituts in § 4 IfSG auch einleuchtend sein. Folgen jedoch auch die Gerichte dem Robert-Koch-Institut, so stellt dies ein aus rechtsstaatlicher Sicht höchst relevantes Problem für die von den Maßnahmen betroffenen Bürger dar.

Die Risikobewertung des Robert-Koch-Instituts wird derzeit von den Regierenden in Bund und Ländern kritiklos übernommen und den jeweiligen Corona-Verordnungen zugrunde gelegt. Die Gerichte wiederum, die über zahlreiche Anträge und Klagen gegen Bestimmungen der Verordnungen zu entscheiden haben und in der Vergangenheit hatten, überprüfen die Risikobewertung des Antragsgegners nicht, sondern legen diese vielmehr ihren (primär ablehnenden) Entscheidungen zu Grunde (so auch zuletzt BayVGh, Beschl. v. 7. September 2020 – 20 NE 20.1981).

„Damit findet eine im individuellen (Eil-)Gerichtsverfahren nicht überwindbare Vorprägung der Entscheidungsfindung statt. Die Risikoeinschätzungen des Robert-Koch-Instituts wirken wie eine Ex cathedra-Entscheidung und führen zwangsläufig und unabwendbar zu teilweise einschneidenden Grundrechtseinschränkungen durch Legislative und Exekutive, die gerichtlich nicht überprüfbar sind, weil sich auch die Gerichte auf die Risikoeinschätzungen des RKI berufen. Hierdurch entsteht eine Rechtsschutzlücke, die schon wegen Art. 19 Abs. 4 GG zu schließen ist.“ (Jessica Hamed)

Die herausgehobene Stellung des Robert-Koch-Instituts kann nämlich nicht bedeuten, dass seine Risikoeinschätzung in den täglichen Lageberichten von der Judikative unkritisch übernommen und zur Grundlage von Entscheidungen gemacht werden müsste. Damit würde die Judikative ihr Urteil einer Einschätzung der Exekutive unterwerfen, die sie gerade kontrollieren soll, denn das Robert Koch-Institut ist als selbständige obere Bundesbehörde im Geschäftsbereich des Bundesgesundheitsministerium diesem unterstellt und damit Teil der Exekutive. Im Übrigen ist die alleinige Aufgabe des RKI darin zu sehen, die gesundheitlichen Gefahren in den Blick zu nehmen. Eine Risikoabwägung mit anderen Gefahren (Kollateralschäden) oder eine Abwägung mit anderen Grundrechten ist Aufgabe der verantwortlichen Politikerinnen und Politiker. Andernfalls würde man sich

– was diesseits allerdings befürchtet wird – einem seuchenpolizeilichen Imperativ unterwerfen.

Eine detaillierte kritische Auseinandersetzung mit dieser Problematik und mit der Qualität und inhaltlichen Güte der Risikoeinschätzungen des RKI insgesamt findet sich in den Schriftsätzen zu einem anderen Verfahren, das die Antragstellerin derzeit parallel vor dem VG Berlin (Az. VG 14 L 382/20) bzw. OVG Berlin-Brandenburg (Az. OVG 1 S 119/20) betreibt. In diesem Verfahren greift die Antragstellerin die aus hiesiger Sicht verzerrende Drastik in den Darstellungen des RKI an, die, wie bereits dargelegt wurde, ja der Ausgangspunkt für weite Teile des Handelns der drei Staatsgewalten in der Pandemie sind.

Der diesbezügliche Antragschriftsatz vom 30. August 2020, eine Ergänzung hierzu vom 6. September 2020 und die Beschwerdebegründung zum OVG Berlin-Brandenburg vom 1. Oktober 2020 sind diesem Schriftsatz als **Anlagen A15, A16 und A17** beigelegt. Sie werden dem Gericht zur detaillierten Lektüre übersandt, da sie geeignet sind, die Datenbasis des RKI zu erschüttern und daher im hiesigen Verfahren die Möglichkeit bieten, sich unabhängig von bisherigen Einschätzungen zu orientieren.

Die vergangenen Monate haben indes gezeigt, dass sich die Verwaltungsgerichte durch § 4 IfSG gehindert sehen, die Mitteilungen des Robert-Koch-Instituts zu überprüfen. In dem eben erwähnten verwaltungsgerichtlichen Verfahren hat das VG Berlin bezüglich des Robert-Koch-Instituts nun ausgeführt:

„Die Gerichte sind an dessen Erkenntnisse und Bewertungen bereits nicht gebunden. Verwaltungsentscheidungen sind deshalb auch nicht „vollständig der gerichtlichen Kontrolle entzogen“. Vorbehalte gegen die Erkenntnisse und Bewertungen des Robert-Koch-Instituts sind ggf. in dem jeweiligen konkreten Verfahren geltend zu machen.“

(vgl. VG Berlin, Beschl. v. 11. September 2020 – VG 14 L 382/20, S. 6)

Dies hat die Antragstellerin nunmehr in diesem Antrag getan.

E.

Sollte das Gericht die Erfolgsaussichten einer Hauptsache trotz des hiesigen Vortrags als offen erachten, so wird höchstvorsorglich vorgebracht, dass auch eine Folgenabwägung zu Gunsten der Antragstellerin ausfallen muss.

Nach den Grundsätzen der Rechtsprechung sind die Folgen, die eintreten würden, wenn eine einstweilige Anordnung nicht erginge, das Hauptsacheverfahren aber Erfolg hätte, und die Nachteile, die entstünden, wenn die begehrte einstweilige Anordnung erlassen würde, das Normenkontrollverfahren aber erfolglos bliebe, gegenüberzustellen. Die für den Erlass der einstweiligen Anordnung sprechenden Erwägungen müssen die gegenläufigen Interessen dabei deutlich überwiegen, mithin so schwer wiegen, dass der Erlass der einstweiligen Anordnung \square trotz offener Erfolgsaussichten der Hauptsache \square dringend geboten ist (vgl. BayVGh, Beschl. v. 7. September 2020 – 20 NE 20.1981, Rn. 16).

Die Folgen, sollte eine einstweilige Anordnung nicht eintreten, sind für die Antragstellerin – wie in diesem Antrag eindrücklich dargestellt und glaubhaft gemacht – gravierend. Die endgültigen Schäden für ihre Gesundheit sind noch nicht abzusehen, sind aber bereits jetzt nicht von der Hand zu weisen. Durch die fortdauernde und schwerwiegende Verletzung ihrer Grundrechte ist es für die Antragstellerin auch nicht hinnehmbar, die lange Zeit bis zu einer potentiellen Hauptsacheentscheidung zuzuwarten. Die Eilbedürftigkeit ist damit gegeben. Der Erlass der einstweiligen Anordnung, mithin die Außervollzugsetzung der angegriffenen Vorschriften, wäre daher auch bei offenen Erfolgsaussichten in der Hauptsache dringend geboten.

Dabei stellt das Begehren der Antragstellerin auch keine Vorwegnahme der Hauptsache dar. Die derzeitige 6. BaylfSMV ist zwar nur bis zum 3. Oktober 2020 in Kraft, wird aber unter Beibehaltung der bisherigen Praxis des Verordnungsgebers verlängert werden.

XXX

Rechtsanwalt