

Entscheidungsbesprechung

Bundesnotbremse I (Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen)

1. Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen als Maßnahmen zur Bekämpfung einer Pandemie müssen den allgemeinen verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Einschränkung von Grundrechten in jeder Hinsicht genügen.

2. Das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) schützt familienähnlich intensive Bindungen auch jenseits des Schutzes von Ehe und Familie. In seiner Ausprägung als umfassende allgemeine Handlungsfreiheit schützt dieses Grundrecht die Freiheit, mit beliebigen anderen Menschen zusammenzutreffen. In seiner Ausprägung als allgemeines Persönlichkeitsrecht schützt das Grundrecht davor, dass sämtliche Zusammenkünfte mit anderen Menschen unterbunden werden und die einzelne Person zu Einsamkeit gezwungen wird; anderen Menschen überhaupt begegnen zu können, ist für die Persönlichkeitsentfaltung von konstituierender Bedeutung.

3. Art. 2 Abs. 2 Satz 2 in Verbindung mit Art. 104 Abs. 1 GG schützt die gegebene tatsächliche körperliche Bewegungsfreiheit. Sie setzt in objektiver Hinsicht die Möglichkeit voraus, von ihr tatsächlich und rechtlich Gebrauch machen zu können; subjektiv genügt ein darauf bezogener natürlicher Wille.

a) In die Fortbewegungsfreiheit kann auch durch allein psychisch vermittelt wirkenden Zwang eingegriffen werden. Dieser muss nach Art und Ausmaß einem unmittelbar wirkenden physischen Zwang vergleichbar sein.

b) Ein Gesetz, das unmittelbar ohne weiteren Vollzugsakt in die Fortbewegungsfreiheit eingreift, kann den Schrankenregelungen in Art. 2 Abs. 2 Satz 3 und Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG genügen.

c) Umfassende Ausgangsbeschränkungen kommen nur in einer äußersten Gefahrenlage in Betracht. (Amtliche Leitsätze)

GG Art. 2 Abs. 1, Art. 2 Abs. 2 S. 2 und S. 3, Art. 104 Abs. 1 S. 1

BVerfG (Erster Senat), Beschl. v. 19.11.2021 – 1 BvR 781/21, 1 BvR 798/21, 1 BvR 805/21, 1 BvR 820/21, 1 BvR 854/21, 1 BvR 860/21, 1 BvR 889/21¹

Vorbemerkung: Lernziele der Lektüre dieser Besprechung

Die Lektüre der folgenden Besprechung soll die wichtigsten Erkenntnisse vermitteln, die für die Grundrechtsdogmatik aus dem Beschluss (Bundesnotbremse I) folgen. Der Beschluss selbst liest sich so, als ginge es dem BVerfG um grundsätzliche Maßstababildung, die über die Beurteilung der Verfassungs-

mäßigkeit zweier spezifischer Maßnahmen in der Corona-Pandemie hinausreichen soll. Aus Sicht von Studierenden und Prüflingen sind Entscheidungen von gesteigertem Interesse, aus denen sich Erkenntnisse für die Bearbeitung nicht nur ganz ähnlicher Fälle ziehen lassen. Dieses Erkenntnisinteresse der Verallgemeinerbarkeit wird im Folgenden in den Vordergrund gerückt. Dabei werden im Sinne einer kritischen Reflexion auch Argumente gegen solche Verallgemeinerungen richterlicher Maßstababildung angesprochen. Die Lektüre der Besprechung setzt die Kenntnis der besprochenen Entscheidung nicht voraus, mag aber gegebenenfalls dazu anregen, Rechtsprechung nicht nur zu memorieren und einzuordnen, sondern sie auch selbst kritisch zu reflektieren. Wer dazu – etwa im Rahmen von häuslichen Arbeiten – aufgefordert ist, wird zu diesem Zwecke die Entscheidung selbst und auch andere Stimmen verarbeiten müssen.

Lernziel der Lektüre jeder Besprechung ist es natürlich auch, nicht nur die Verallgemeinerbarkeit, sondern auch die Argumentation der Entscheidung nachzuvollziehen und kritisch zu reflektieren. Dabei geht es auch um Methoden und typische Argumentationsmuster der Verfassungsinterpretation.

Inhaltliche Lernziele sind Kenntnisse erstens zur Verortung des Rechtes auf Sozialität in den Grundrechten und zu dessen Schutzniveau, zweitens zur Dogmatik des Rechtes auf körperliche Bewegungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG und drittens zu den organisationsrechtlichen Dimensionen des Schutzes der Grundrechte durch Gewaltenteilung.

Hingewiesen sei darauf, dass das BVerfG am selben Tage einen weiteren, nicht weniger grundsätzlichen Beschluss gefasst hat (Bundesnotbremse II²), in dem ein neues Grundrecht auf schulische Bildung entwickelt wird. Dieser zweite Beschluss wird Gegenstand einer weiteren Besprechung sein, die in der nächsten Ausgabe der ZJS veröffentlicht wird.

I. Einleitung: Einordnung der Entscheidung in die Fülle verfassungsrechtlicher Probleme der Corona-Maßnahmen

Der Staat hat auf die Corona-Pandemie seit März 2020 phasenweise mit Grundrechtbeschränkungen reagiert, die in der bisherigen Geschichte der Bundesrepublik Deutschland in Art und Schwere einzigartig sind. Dazu gehörten auch allgemeine Kontakt- und Ausgangsbeschränkungen – nicht nur für erwiesenermaßen infizierte Personen. Für die Phasen besonders weit reichender Grundrechtseingriffe, in denen sowohl das Berufs- als auch das Privatleben auf ein Minimum persönlicher Begegnungen beschränkt wurden, hat sich der Begriff „Lockdown“ durchgesetzt. Unter einem solchen „Lockdown“ wird in diesem Zusammenhang nicht nur eine allgemeine Ausgangssperre im engeren Sinne verstanden, sondern das Zusammenwirken vielfältiger Grundrechtseingriffe, die insgesamt zu einem drastischen „Herunterfahren“ des öffentlichen Lebens führen. Sie sollen Kontakte zwischen Personen redu-

¹ Die Entscheidung ist abrufbar unter https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2021/11/rs20211119_1bvr078121.html (21.1.2022).

² BVerfG (Erster Senat), Beschl. v. 19.11.2021 – 1 BvR 971/21. Die Entscheidung ist abrufbar unter https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2021/11/rs20211119_1bvr097121.html (21.1.2022).

zieren, weil Kontakte die Grundlage der Übertragung des Virus sind.

Einen Eindruck von dieser Vielfalt an Maßnahmen erhält, wer die Corona-Verordnungen einzelner Bundesländer sowie die verschiedenen Fassungen dieser Verordnungen zu unterschiedlichen Zeitpunkten miteinander vergleicht. In dieser Vielfalt spiegeln sich die politischen Spielräume, deren Ausfüllung in einem demokratischen Bundesstaat zum Teil dem Wettbewerb zwischen verschiedenen Landesregierungen überlassen bleibt. Zugleich kann der Bundesstaat damit auch auf regional unterschiedliche Entwicklungen des Infektionsgeschehens reagieren. Über Monate haben sich die Länder dabei mit dem Bund abgestimmt, so dass die Regelungen zwar nicht identisch, aber doch in den meisten Maßnahmen vergleichbar waren. Das galt für den ersten „Lockdown“ im März 2020 und für den zweiten „Lockdown“ ab Herbst 2020.

Die unzähligen grundrechtlichen Probleme wurden in dieser Phase der Pandemie vor allem vor den Verwaltungsgerichten verhandelt. Das BVerfG hat auf dieses Ringen um die Grundrechte mehr als ein Jahr lang nur ganz punktuell mit einigen wenigen Kammerentscheidungen im einstweiligen Rechtsschutz Einfluss genommen.³ Das hatte seinen Grund vor allem im Verwaltungs- und Verfassungsprozessrecht: Die Corona-Verordnungen von 2020 waren landesrechtliche und zugleich untergesetzliche Regelungen. Weil es sich nicht um Parlamentsgesetze handelte, konnten die Fachgerichte einzelne grundrechtswidrige Bestimmungen schlicht unangewendet lassen. Denn das Verwerfungsmonopol des BVerfG und die Notwendigkeit einer Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG gelten nicht für Rechtsverordnungen.⁴ Außerdem bestand gegen solche Rechtsverordnungen nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO, sofern das jeweilige Land dies bestimmt, sogar die Möglichkeit der prinzipialen Normenkontrolle durch die Oberverwaltungsgerichte und damit ein Rechtsweg, der nach § 90 Abs. 2 BVerfGG grundsätzlich vor einer Verfassungsbeschwerde zum BVerfG zu erschöpfen war.⁵ Schließlich haben sich verschiedene Landesverfassungsgerichte⁶ – mit z.T. divergierenden

Ergebnissen⁷ – mit den Corona-Verordnungen der Länder auseinandergesetzt.

Darin unterscheidet sich die in der vorliegenden Entscheidung behandelte „Bundesnotbremse“⁸ von den vorherigen Corona-Maßnahmen. Die „Bundesnotbremse“ war ein Parlamentsgesetz des Bundes, für das ein Verwerfungsmonopol des BVerfG greift. Als Bundesgesetz konnte sie kein Gegenstand eines Normenkontrollantrags vor den Oberverwaltungsgerichten sein. Auch die Jurisdiktionsgewalt der Landesverfassungsgerichte erstreckt sich nicht auf ein solches Bundesgesetz. Stattdessen kamen nunmehr Verfassungsbeschwerden zum BVerfG unmittelbar gegen das Gesetz in Betracht, die erwartungsgemäß auch eingelegt wurden.

Das BVerfG nahm die Verfassungsbeschwerden gegen die „Bundesnotbremse“ zum Anlass, ebenso ausführlich wie grundlegend zu zentralen Fragen der Grundrechte Stellung zu beziehen.

Im Folgenden soll es allein um die *maßstabbildenden Aspekte* der Entscheidung gehen. Dabei wird auch bedacht, inwieweit diese Maßstäbe in die *allgemeine Grundrechtsdogmatik* und in das Repertoire des Examenswissens eingehen sollen. Die hier zu behandelnden Probleme von Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen betreffen nämlich Fragen der Grundrechtsdogmatik, die über den Fall hinausreichen. Ob das auch für die vom BVerfG entwickelten Lösungsansätze gilt, ist die Frage, die aber bei richterlicher Maßstabbildung jedenfalls nicht am Anfang steht.

II. Kontext und Interessenkonstellation der Entscheidung: Problemaufriss

Auch wenn die Bewertung der Verhältnismäßigkeit der Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen nicht im Fokus der folgenden Analyse stehen soll, ist es wichtig, den Gegenstand der Entscheidung klar vor Augen zu haben. Denn das BVerfG entwickelt seine Maßstäbe problemorientiert, d.h. aus dem *Kontext des zu entscheidenden Falles* heraus. Die Einordnung dieser Maßstäbe in die Dogmatik sollte deshalb nicht unreflektiert deren Verallgemeinerbarkeit und Übertragbarkeit auch auf andere Fälle unterstellen. Das gilt insbesondere für Maßstäbe, die für außergewöhnliche Grundrechtseingriffe während der *Sondersituation einer Pandemie* entwickelt wurden. Wer den 1. Leitsatz des Beschlusses (s.o.) unbefangen liest, gewinnt den Eindruck: Das BVerfG hält es in diesem Kontext für erforderlich, zu bekräftigen, dass eine Pandemie keinen verfassungsrechtlichen Notstand auslöst, sondern dass die Verfassung auch dann vollumfänglich gilt. Das sollte nicht überraschen: Dass es keiner Sonderdogmatik in einer Pande-

³ BVerfG, Beschl. v. 7.4.2020 – 1 BvR 755/20; BVerfG, Beschl. v. 9.4.2020 – 1 BvR 802/20; BVerfG, Beschl. v. 10.4.2020 – 1 BvR 762/20; BVerfG, Beschl. v. 7.7.2020 – 1 BvR 1187/20.

⁴ St. Rspr., vgl. BVerfGE 1, 184 (189 ff.); 114, 303 (310 Rn. 35); *Sieckmann/Kessal-Wulf*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 3, 7. Aufl. 2018, Art. 100 Rn. 22 ff.; *Wieland*, in: Dreier (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 3, 3. Aufl. 2018, Art. 100 Rn. 17.

⁵ St. Rspr., vgl. BVerfGE 70, 35 (53 f.); 71, 305 (335 f.); 76, 107 (114 f.); *Panzer*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, Bd. 1, 30. Lfg., Stand: 2016, § 47 Rn. 13; *W.-R. Schenke/R. P. Schenke*, in: Kopp/Schenke, Kommentar zur VwGO, 27. Aufl. 2021, § 47 Rn. 179; *Ziekow*, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), Großkommentar zur VwGO, 5. Aufl. 2018, § 47 Rn. 20. Zu der Anschlussfrage, ob die Verfassungsbeschwerde nach Erschöpfung des Rechtswegs unmittelbar gegen die Rechtsverordnung gerichtet werden kann, siehe *Dersarkissian*, NWVBl. 2021, 143 (144 f.).

⁶ BayVerfGH, Entsch. v. 9.2.2021 – 6-VII-20; VerfGH des

Saarlandes, Beschl. v. 1.3.2021 – Lv 5/21; LVerfG des Landes Sachsen-Anhalt, Urt. v. 26.3.2021 – LVG 25/20; LVerfG des Landes Sachsen-Anhalt, Urt. v. 26.3.2021 – LVG 4/21; ThürVerfGH, Urt. v. 1.3.2021 – VerfGH 18/20; ThürVerfGH, Beschl. v. 19.5.2021 – VerfGH 110/20; ThürVerfGH, Beschl. v. 14.12.2021 – VerfGH 117/20.

⁷ Das gab sogar Anlass zu einem Vorlagebeschluss wegen Rechtsprechungsdivergenz nach Art. 100 Abs. 3 GG an das BVerfG: ThürVerfGH, Beschl. v. 19.5.2021 – 110/20.

⁸ § 28b IfSG i.d.F. v. 23.4.2021 (BGBl. I 2021, S. 802).

mie bedarf, erklärt sich schon daraus, dass die allgemeine Grundrechtsdogmatik und insbesondere der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gerade darauf angelegt sind, etwaige Besonderheiten von Interessenkollisionen kontextbezogen zu verarbeiten.

Innerhalb des Kontextes der Pandemie muss die konkrete *Interessenkonstellation* der Entscheidung bedacht werden: Das Infektionsgeschehen ist durch Wellenbewegungen gekennzeichnet. Die „Bundesnotbremse“ reagierte im April 2021 auf die dritte dieser Wellen. Um diese *dritte Welle* zu brechen, griff der Bundesgesetzgeber auf mehrere Instrumente zurück, die sich bei den Corona-Verordnungen der Länder in den vorangegangenen „Lockdowns“ als effektiv erwiesen hatten. Die Instrumente wurden – befristet bis Ende Juni 2021 – bundeseinheitlich eingeführt, allerdings mit der Maßgabe, dass sie nur jeweils in den Landkreisen wirksam wurden, in denen die jeweilige Sieben-Tage-Inzidenz den Schwellwert von 100 überschritt.

Dabei ist zu bedenken, dass zu dem Zeitpunkt dieser Gesetzgebung die Quote der zweifach geimpften Personen erst bei 6,9 % lag⁹ und die Steigerung dieser Quote seinerzeit wegen der Herstellungs- und Lieferdauer schon logistisch nur mittelfristig realistisch schien. Die Wartelisten für Erstimpfungen waren damals lang. Zwar gehörten zu den 6,9 % Personen mit vollem Impfschutz auf der Grundlage der Impfpriorisierung vor allem diejenigen Personen, die durch eine Erkrankung am meisten gefährdet worden wären.¹⁰ Dennoch wurde die Gefahr einer Überforderung des Gesundheitssystems durch einen ungebremsten Verlauf des Infektionsgeschehens seinerzeit als sehr hoch eingeschätzt.¹¹

⁹ Situationsbericht des Robert Koch-Instituts v. 22.4.2021 zu COVID-19, S. 1, siehe unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Apr_2021/2021-04-22-de.html (21.1.2022).

¹⁰ Nationale Impfstrategie COVID-19 v. 6.11.2020, S. 7, siehe unter https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Daten/3_Downloads/C/Coronavirus/Impfstoff/Nationale_Impfstrategie.pdf (21.1.2022);

Beschluss der STIKO für die Empfehlung der COVID-19-Impfung und die dazugehörige wissenschaftliche Begründung, Epidemiologisches Bulletin 2/2021 v. 14.1.2021, S. 1 ff., siehe unter https://edoc.rki.de/bitstream/handle/176904/7579.2/STIKO-Empfehlung-COVID-19-Impfung_23-12-2020.pdf?sequence=7&isAllowed=y (21.1.2022).

¹¹ Situationsbericht des Robert Koch-Instituts v. 22.4.2021 zu COVID-19, S. 3 f., siehe unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Apr_2021/2021-04-22-de.html (21.1.2022);

vgl. auch die Bundespressekonferenz des Bundesministeriums für Gesundheit und Prof. Dr. Lothar Wieler für das Robert-Koch-Institut v. 15.4.2021, siehe unter <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/coronavirus/coronik-coronavirus.html> (14.1.2022).

Bewusst wird an dieser Stelle darauf verzichtet, weitere Einzelheiten der damaligen Lage und ihrer Einschätzung zu referieren. Selbstverständlich kommt es auf diese Einzelheiten für die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit an. Der Fokus der folgenden Besprechung der Entscheidung soll aber darauf liegen, was über den Einzelfall hinaus aus ihr zu lernen ist: Die Einzelfallumstände ändern sich mit dem Infektionsgeschehen und den Bedrohungen durch neue Varianten des Virus ständig. Änderungen, die sich auf die Verhältnismäßigkeit auswirken, folgen gegebenenfalls auch aus neuen Erkenntnissen über die Gefahren und über die Effektivität verschiedener Maßnahmen und mit den medizinischen Fortschritten bei der Entwicklung von Impfstoffen und Therapien. Wer sich dafür interessiert, warum das BVerfG die Einschätzung der damaligen Lage und die komplexe Abwägung der Interessen für verfassungsmäßig hielt, möge dies in der Entscheidung, welche die Verhältnismäßigkeit geradezu schulmäßig prüft, selbst nachlesen. Auch die Frage, welche Argumente im Einzelnen auch für eine Unverhältnismäßigkeit der Maßnahmen gesprochen haben, soll hier nicht aufgeworfen werden. Dazu sei auf die Argumente der Beschwerdeführer (Rn. 16 ff.) und auf andere Rezensionen¹² verwiesen.

Nicht nur für die Bewertung der Verhältnismäßigkeit, sondern auch für die Abgrenzung der Schutzbereiche von Grundrechten und für die Maßstabsbildung relevant sind hingegen die Maßnahmen selbst und ihre vielfältigen Auswirkungen:

Die *Kontaktbeschränkung* der „Bundesnotbremse“ zeichnet sich dadurch aus, dass sie sich auf „private Zusammenkünfte im öffentlichen oder privaten Raum“ erstreckte und grundsätzlich lediglich die Begegnung mit einer einzigen Person, die nicht zum selben Haushalt gehörte, gestattete. Etwas abgemildert wurde diese Beschränkung durch Ausnahmen für Kinder, für Familienangehörige sowie für Sorge- und Umgangsberechtigte sowie für Trauerfeiern. Aber es gab keinesfalls ein allgemeines Familienprivileg: So war es z.B. in unterschiedlichen Haushalten lebenden Geschwisterkindern nicht gestattet, gemeinsam ihre Eltern zu besuchen.¹³ Kontaktbeschränkungen gehören zu den zentralen Instrumenten des Infektionsschutzes. Ihre grundrechtlichen Grenzen sind deshalb von besonderem Interesse. Verbote, andere Menschen zu

¹² Sauer, Gediegene Gegenerzählung, Verfassungsblog v. 1.12.2021, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/gediegene-gegenezahlung> (21.1.2022); Walter, jurisPR-MedizinR 12/2021, Anm. 1.

¹³ § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 IfSG i.d.F. v. 23.4.2021 (BGBl. I 2021, S. 802): „[...] private Zusammenkünfte im öffentlichen oder privaten Raum sind nur gestattet, wenn an ihnen höchstens die Angehörigen eines Haushalts und eine weitere Person einschließlich der zu ihrem Haushalt gehörenden Kinder bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres teilnehmen; Zusammenkünfte, die ausschließlich zwischen den Angehörigen desselben Haushalts, ausschließlich zwischen Ehe- oder Lebenspartnerinnen und -partnern, oder ausschließlich in Wahrnehmung eines Sorge- oder Umgangsrechts oder im Rahmen von Veranstaltungen bis 30 Personen bei Todesfällen stattfinden, bleiben unberührt.“

treffen, berühren ein Grundbedürfnis der „Sozialität“ *des Menschen*. Für Menschen, die allein leben und die keine Möglichkeiten haben, digital zu kommunizieren, wurden dadurch in besonderem Maße Wirkungen einer Vereinsamung in Kauf genommen. Hier drängt sich die Frage auf, ob das „nur“ die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG berührt oder ob – wie in der Literatur gefordert – Art. 8 Abs. 1 GG als „Grundrecht auf Sozialität“ zu interpretieren ist¹⁴. Weiter stellt sich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Schwere eines solchen Eingriffs in allen Konstellationen noch gerechtfertigt werden kann. Zu hinterfragen ist, auf welche (gegebenenfalls auch vorläufigen, lückenhaften und umstrittenen) Erkenntnisse solche Eingriffe gestützt werden können und wie weit dabei die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers reicht. Schließlich stellt sich die Frage, inwieweit bei der Abwägung von Risiken und Interessen Wertungsspielräume bestehen bzw. – umgekehrt betrachtet – wie weit die Kontrolldichte der Verfassungsgerichtsbarkeit geht.

Der Beschluss hat außerdem nächtliche *Ausgangsbeschränkungen* zum Gegenstand. Dass diese nicht als Ausgangssperren bezeichnet wurden, mag sich daraus erklären, dass sie zeitlich auf die Stunden von 22 Uhr bis 5 Uhr beschränkt und mit Ausnahmen versehen wurden, sodass der öffentliche Raum zwar weitgehend beruhigt, aber nicht gänzlich menschenleer blieb. Die zahlreichen Ausnahmetatbestände ändern aber nichts daran, dass nur spezifische Gründe einen Aufenthalt in der Öffentlichkeit rechtfertigen konnten.¹⁵ Solche Ausgangs-

beschränkungen stehen in einem Zusammenhang mit Kontaktbeschränkungen und dienen deren effektiver Durchsetzung, betreffen aber grundrechtlich betrachtet auch noch einen zusätzlichen Aspekt der Freiheit. Zu den täglichen Grundbedürfnissen vieler Menschen gehört es, sich nicht nur in die häusliche Privatheit zurückziehen zu können, sondern diese Sphäre auch verlassen und sich in der Öffentlichkeit frei bewegen zu können – auch unabhängig von der Intention, sich mit anderen zu treffen.

Dieser *körperliche Aspekt der Bewegungsfreiheit* ist durch die „Freiheit der Person“ i.S.d. Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG in einem eigenen Grundrecht geschützt. Jenseits von Pandemien ist den meisten Menschen, denen nie Handschellen angelegt wurden, diese Freiheit so selbstverständlich, dass sie sie gar nicht als „besonderes Grundrecht“ wahrnehmen. Umso spürbarer war die Erfahrung von Ausgangsbeschränkungen – wobei die Zumutungen einer solchen Maßnahme individuell je nach Wohn- und Lebensverhältnissen sehr differieren. Hier zeigt sich ein Unterschied zu den Kontaktverboten: Dass sich auch Kontaktverbote individuell sehr unterschiedlich auswirken, lässt sich jedenfalls z.T. in unterschiedlichen Schutzbereichen abbilden (die vom vorbehaltlosen Art. 6 Abs. 1 GG bis zur allgemeinen Handlungsfreiheit reichen). Ob jemand seine kleine Wohnung ohne Balkon oder aber sein Haus mit großem Garten nachts nicht verlassen darf, wird erst auf der Ebene der Verhältnismäßigkeit relevant. Die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit eines allgemeinen Gesetzes findet aber gar nicht individualisiert, sondern allenfalls pauschaliert und exemplarisch statt. Die Frage, ob hier gegebenenfalls der allgemeine Gleichheitssatz als Differenzierungsgebot greift (mit der Folge, dass weitere Ausnahmen verfassungsrechtlich geboten gewesen wären), wurde in den Verfassungsbeschwerden nicht aufgeworfen. Es bleibt festzuhalten: Zu den besonderen Herausforderungen der grundrechtlichen Beurteilung der vorliegenden gesetzlichen Regelungen gehörte es, deren Auswirkungen problemorientiert und d.h. mit der nötigen Sensibilität für die Vielfalt der Einzelfälle und doch auch auf dem Abstraktionsniveau einer Normenkontrolle (in Form der Rechtssatzverfassungsbeschwerde) zu verarbeiten.

Es geht in dem Beschluss auch um *organisationsrechtliche Fragen*, nämlich der Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs unmittelbar „durch Gesetz“. Dass der dritte „Lockdown“ Ende April 2021 nunmehr durch Bundesgesetz – also durch den Bundesgesetzgeber anstelle der Landesregierungen – geregelt wurde, ist für eine grundrechtliche Beurteilung der materiellen Inhalte dieser Grundrechtseingriffe auf den ersten Blick nicht von Interesse. In der Tat stellt sich hier eine verfassungsrechtliche Frage nicht mehr, die bei den Corona-Verordnungen zentral war: Die Verhältnismäßigkeit der vorangegangenen Corona-Verordnungen wurde nämlich nicht

¹⁴ *Sachs*, in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 4/1, 2006, S. 1206 ff.; *Depenheuer*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, 93. Lfg., Stand: Oktober 2020, Art. 8 Rn. 49 ff.; *Gusy*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 8 Rn. 18; *Höfling*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 8 Rn. 14 ff.; *Kloepfer*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 7, 3. Aufl. 2009, S. 992; *Michael/Morlok*, Grundrechte, 7. Aufl. 2020, § 9 Rn. 266, 272; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 8 Rn. 24 ff.

¹⁵ § 28b Abs. 1 S. Nr. 2 IfSG i.d.F. v. 23.4.2021 (BGBl. I 2021, S. 802): „[...] der Aufenthalt von Personen außerhalb einer Wohnung oder einer Unterkunft und dem jeweils dazugehörigen befriedeten Besitztum ist von 22 Uhr bis 5 Uhr des Folgetags untersagt; dies gilt nicht für Aufenthalte, die folgenden Zwecken dienen:

- a) der Abwendung einer Gefahr für Leib, Leben oder Eigentum, insbesondere eines medizinischen oder veterinärmedizinischen Notfalls oder anderer medizinisch unaufschiebbarer Behandlungen;
- b) der Berufsausübung im Sinne des Artikels 12 Absatz 1 des Grundgesetzes, soweit diese nicht gesondert eingeschränkt ist, der Ausübung des Dienstes oder des Mandats, der Berichterstattung durch Vertreterinnen und Vertreter von Presse, Rundfunk, Film und anderer Medien,
- c) der Wahrnehmung des Sorge- oder Umgangsrechts,

- d) der unaufschiebbaren Betreuung unterstützungsbedürftiger Personen oder Minderjähriger oder der Begleitung Sterbender,
- e) der Versorgung von Tieren,
- f) aus ähnlich gewichtigen und unabweisbaren Zwecken oder
- g) zwischen 22 und 24 Uhr der im Freien stattfindenden allein ausgeübten körperlichen Bewegung, nicht jedoch in Sportanlagen.“

nur wegen deren Inhalt hinterfragt, sondern auch deshalb bezweifelt, weil grundrechtlich wesentliche Fragen durch die Exekutive geregelt wurden. Nach dem Ansatz der „Wesentlichkeitstheorie“¹⁶ stellte sich die Frage, ob das nicht den Parlamenten vorbehalten war oder jedenfalls eine qualifizierte Bestimmtheit einschlägiger Verordnungsermächtigungen voraussetzt.¹⁷ Auch politisch und unter dem Gesichtspunkt der demokratischen Legitimation wurde in der ersten Phase der Corona-Pandemie oft kritisiert, dass sich die Parlamente für eine allzu viele Monate währende „Stunde der Exekutive“ auf eine Zuschauerrolle zurückgezogen hätten, statt eine Novellierung der Rechtsetzung in dem lange unterschätzten Rechtsgebiet des Infektionsschutzes kraftvoll in die Hand zu nehmen.¹⁸

Anlässlich des zweiten „Lockdowns“ im Herbst 2020 hatte der Bundesgesetzgeber zwar die Ermächtigungsgrundlagen für Corona-Verordnungen präzisiert, ohne aber am Modell der Ermächtigung der Landesregierungen etwas zu ändern. Mit der „Bundesnotbremse“ im Frühjahr 2021 hingegen schlug nunmehr umgekehrt die „Stunde der Legislative“: Die grundrechtsintensiven Regelungen wurden nicht nur bundeseinheitlich, sondern vor allem gesetzesunmittelbar getroffen. Dabei stellen sich organisationsrechtlich umgekehrte Fragen – vor allem für den Anwendungsbereich des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG: Existiert neben einem Vorbehalt des Gesetzes auch ein verfassungsrechtlicher *Verwaltungsvorbehalt*, der voraussetzt, dass letztlich auch die Verwaltung Grundrechtseingriffe auf der Grundlage eines Gesetzes verantwortet? Parlamentsvorbehalt, Verwaltungsvorbehalt und Richtervorbehalte wären danach der „Dreiklang“ eines Grundrechtsschutzes durch *Gewaltenteilung* – wobei der Vorbehalt des Gesetzes als „Grundton“ in keinem Fall verzichtbar ist, während Verwaltungsvorbehalte und Richtervorbehalte zusätzlich für bestimmte Grundrechtseingriffe gelten. Auch diese allgemeinen

organisationsrechtlichen Fragen gehören zum Problemaufriss des Beschlusses.

Ein letzter Gesichtspunkt sei zur Kontextualisierung der Entscheidung angemerkt: Die Maßstabsbildung des BVerfG betrifft nicht nur abstrakt und theoretisch *zukünftige Maßnahmen des Infektionsschutzes*. Die Veröffentlichung des Beschlusses Ende November 2021 fällt in eine Zeit, in der die vierte Welle der Corona-Pandemie die Politik abermals und ganz konkret zu erneuten Verschärfungen des IfSG veranlasst. Die von Experten längst erkannte und nicht nur theoretische Bedrohung durch immer neue Varianten des Corona-Virus ist inzwischen im Bewusstsein der Politik und der öffentlichen Meinung angekommen. Es handelt sich bei dem Beschluss also um mehr als den verfassungsrechtlichen Rückblick auf einen vergangenen „bösen Spuk“ und auf Vorschriften, die zum Zeitpunkt der Entscheidung schon seit Monaten wieder außer Kraft getreten waren. Weitere „Lockdowns“ und alternative (ebenfalls grundrechtsrelevante) Instrumente des Infektionsschutzes sind ein Thema von aktueller Brisanz. Der Beschluss handelt zwar nicht von Differenzierungen zwischen Geimpften und Ungeimpften nach der 2G-Regel und von einer Impfpflicht. Aber es liegt nahe, dass die Richterinnen und Richter die sich hier stellenden Fragen bereits im Hinterkopf hatten.

III. Die Entscheidung des BVerfG und Stellungnahme zu ihrer Begründung

1. Kontaktbeschränkungen als schwere Eingriffe in Art. 2 Abs. 1 GG

Der *Erste Senat* prüft Kontaktbeschränkungen am Maßstab verschiedener Grundrechte und grenzt dafür zunächst deren Schutzbereiche voneinander ab. Dass die Freiheit, beliebige und unbeschränkt viele Personen jederzeit zu treffen, überhaupt grundrechtlich geschützt ist, hält das BVerfG zu Recht für „selbstverständlich“ (Rn. 112). Die umfassende Freiheit, jeden zu treffen, verortet der *Senat* im Auffanggrundrecht der *allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG*. Die Betroffenheit einer als Grundrecht auf Sozialität weit verstandenen Versammlungsfreiheit zieht der *Senat* – in den Pfaden seiner Interpretation dieses Grundrechts in Bezug auf die öffentliche Meinungsbildung¹⁹ – gar nicht in Betracht. Das heißt aber nicht, dass der *Senat* solche Kontaktbeschränkungen als bloßen Bagatelleingriff betrachten würde. Vielmehr sind Kontaktbeschränkungen ein Beispiel dafür, dass Eingriffe in das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) nicht nur in „seiner Ausprägung als allgemeines Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG)“, sondern auch „als allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)“ (Rn. 106) gewichtige Freiheitsbeschränkungen darstellen können.

Der *Senat* begnügt sich nicht damit, dass jedenfalls die allgemeine Handlungsfreiheit betroffen sei. Dies würde auch weder einer grundrechtsspezifischen Betrachtung einer Verfassungsbeschwerde (die sich von der verwaltungsrechtlichen Adressatentheorie unterscheidet) entsprechen noch dem prob-

¹⁶ BVerfGE 49, 89 (126); 80, 124 (132); 83, 130 (142, 151 f.); 101, 1 (34); *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz, Kommentar, 16. Aufl. 2020, Art. 20 Rn. 71; *Schulze-Fielitz* (Fn. 14), Art. 20 Rn. 113.

¹⁷ *Brocker*, NVwZ 2020, 1485; *Kingreen*, NJW 2021, 2766; *Mayen*, NVwZ 2020, 828; *Volkmann*, NJW 2020, 3153.

¹⁸ FDP-Bundestagsfraktionsvorstandsmitglied *Wolfgang Kubicki*, „Debatten gehören ins Parlament, nicht vor Gericht“, Gastbeitrag in der F.A.Z. v. 21.9.2020, siehe unter <https://www.fdpbt.de/kubicki-gastbeitrag-stunde-parlaments> (21.1.2022);

CDU-Fraktionsvorsitzender im Landtag von Rheinland-Pfalz *Christian Baldauf*, „Den Ländern droht ein Weimar 2.0“, Gastbeitrag in der F.A.Z. v. 6.5.2020, siehe unter <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/corona-krise-darf-nicht-zur-entmachtung-der-landtage-fuehren-16755674.html> (21.1.2021);

Bundestagspräsident *Dr. Wolfgang Schäuble*, „Rolle als Gesetzgeber in der Pandemiebekämpfung deutlich machen“, 20.10.2020, siehe unter <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2020/kw43-parlamentsbeteiligung-corona-800010> (7.1.2022).

¹⁹ BVerfGE 104, 92 (104 Rn. 38); BVerfG, Beschl. v. 12.7.2001 – 1 BvQ 28/01, Rn. 16.

lemorientierten Denken des BVerfG. Der *Senat* arbeitet vielmehr – wie es für Entscheidungen des BVerfG typisch ist – die spezifische Betroffenheit konkreter Interessen plastisch, exemplarisch und differenziert heraus. Es geht um die vielfältigen Wirkungen der Kontaktverbote aus der Perspektive der Grundrechtsberechtigten.

So betont der *Senat* (Rn. 113 f.), dass in „bestimmten Konstellationen“ durch allgemeine Kontaktverbote einzelne Personen „zu Einsamkeit gezwungen“ werden. Niemand wird dem *Senat* widersprechen bei der Erkenntnis: „Anderen Menschen überhaupt begegnen zu können, ist für die Persönlichkeitsentfaltung von konstituierender Bedeutung.“ Grundrechtsdogmatisch verortet der *Senat dieses elementare* Interesse im *allgemeinen Persönlichkeitsrecht* (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG). Dabei verweist er auf die ständige Rechtsprechung des BVerfG, wonach sich dieses Grundrecht dadurch von der allgemeinen Handlungsfreiheit abhebt, dass es Interessen schützt, die „ohne bereits Gegenstand der besonderen Freiheitsgarantien des Grundgesetzes zu sein diesen in ihrer konstituierenden Bedeutung für die Persönlichkeit nicht nachstehen.“ (Rn. 113). Auf diesem Weg kommt der *Senat* letztlich in der Sache zu einem Grundrecht auf Sozialität, das in seiner Gewichtung dem Art. 8 GG nicht nachsteht – jedenfalls dann nicht, wenn durch die Ausgestaltung und Reichweite von Kontaktbeschränkungen in Kauf genommen wird, dass „alleinstehende und -lebende Menschen“ Gefahr laufen, eine „Zeit besonderer Isolation zu erleben“ (Rn. 113).

Als besondere Konstellationen hat der *Senat* nicht nur die Singles und die Verwitweten im Blick, sondern auch Menschen, die *besonders enge persönliche Bindungen* eingehen, ohne in einem Haushalt zu leben. Auch sie wurden durch Kontaktbeschränkungen besonders empfindlich beschränkt, wenn ihnen versagt wurde, die ihnen nahestehenden Personen zu treffen. Vom Kriterium der Hausgemeinschaft hing es in der Pandemie ab, ob Menschen in einer Schicksalsgemeinschaft besonders eng zusammenrückten (und zwar nicht nur freiwillig, sondern auch zum Homeoffice, zum Homeschooling und während der Ausgangsbeschränkungen) oder ob sie in ihrem gewohnten Umgang miteinander auseinandergerissen wurden. Das galt auch für *Ehen und Familien*: Während Eheleute und Eltern mit ihren minderjährigen Kindern zwar typischerweise in einer Hausgemeinschaft leben, waren auch Ehen und Familien von Ausgangsbeschränkungen betroffen, wenn die Mitglieder der Familie nicht (mehr) in einem gemeinsamen Haushalt leben. Insofern griffen die Kontaktbeschränkungen auch in Art. 6 GG ein. Ausnahmeregelungen gab es nämlich nur für Kinder bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres.

Bemerkenswert an dem Beschluss des BVerfG ist, wie sich der *Senat* zur Intensität der Betroffenheit verhält, welche Konstellationen er also für die besonders schwerwiegenden hält, in denen es in der Abwägung mit den Zielen des Infektionsschutzes in der Verhältnismäßigkeit „zum Schwur“ kommt. Der *Senat* löst sich dabei – einmal mehr – von den traditionellen Leitbildern der Ehe und Familie, und zwar auf doppelte Weise: Erstens soll der grundrechtliche Schutz von Familien nicht nur in Konstellationen greifen, in denen diese in einem Haushalt zusammenleben. Zweitens soll der besondere

grundrechtliche Schutz von engen persönlichen Bindungen, die in der Pandemie besonders wertvoll werden, im Ergebnis nicht auf Ehen und Familien i.S.d. Art. 6 GG beschränkt sein. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung heißt es nämlich: „Mit *vergleichbarer Intensität* griffen die Kontaktbeschränkungen auch in nicht von Art. 6 Abs. 1 GG, aber vom Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit erfasste persönliche Kontaktmöglichkeiten ein, denen konstituierende Bedeutung für die Persönlichkeitsentfaltung zukommt. Diese Bedeutung kann auf der spezifischen Persönlichkeitsrelevanz einzelner Beziehungen *oder* darauf beruhen, dass den Betroffenen ohne die Kontaktmöglichkeit physische Vereinzelung droht.“²⁰ (Rn. 221).

Das heißt: Drohende Einsamkeit von Alleinstehenden einerseits und Kontaktbeschränkungen, die für engste persönliche Bindungen greifen, andererseits werden gleichermaßen als schwere Eingriffe behandelt, weil sie für die Persönlichkeitsentfaltung konstituierend sind. Und die Eingriffsschwere ist „vergleichbar“ mit der von Kontaktbeschränkungen, die – wie das Eltern-Kind-Verhältnis – den „*besonderen*“ *Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG* genießen.

Die Begründung des Beschlusses geht also deutlich auf die Nöte und Zumutungen verschiedenster Betroffener ein – auch und vor allem jenseits des Schutzbereichs des Art. 6 Abs. 1 GG. Der Beschluss fasst insgesamt sieben Verfassungsbeschwerden zusammen und kann damit auch auf die Vielfalt von Betroffenheiten eingehen. Der *Senat* beschönigt nichts und er ist ersichtlich auch darauf aus, dass keiner der Beschwerdeführenden den Eindruck bekommt, dass die eigene Betroffenheit als weniger schwerwiegend als in anderen Konstellationen wahrgenommen worden wäre. Das BVerfG geriert sich einmal mehr als Bürgergericht, das „Jedermann“ mit seinen Grundrechten ernst nimmt. Das war wohl umso wichtiger, weil die Entscheidung die Betroffenen erst erreichte, als bereits die vierte Welle zu neuen Einschränkungen führte.

Im Folgenden soll die Begründung des Beschlusses „dogmatisch“ rekonstruiert werden. Studierende stellen sich bei Grundsatzentscheidungen des BVerfG die Frage, wie sie den Lösungsweg in einem Gutachten nachvollziehen könnten (wenn sie ihm denn folgen mögen). Zum Anfängerwissen gehört, dass eine strukturierte Grundrechtsprüfung erst am Ende (gegebenenfalls) in eine Prüfung der Verhältnismäßigkeit mündet. Zuvor sind die Probleme in einem gestuften Aufbau abzusichten:

Bei einem Gesetz, das in so verschiedenen Konstellationen die oben beschriebenen Wirkungen hat, stellt sich zunächst die Frage, *welche grundrechtlichen Schutzbereiche* eigentlich betroffen sind und wie sich diese zueinander verhalten.

Das ist unproblematisch mit Blick auf die Konstellationen, die in den Schutzbereich von *Ehe und Familie* i.S.d. Art. 6 GG fallen. Das BVerfG beginnt mit diesem speziellen Grundrecht, obwohl Familien nicht die hauptsächlich und typischerweise Betroffenen gerade der Kontaktbeschränkungen waren. Das wäre auch im Gutachten zu empfehlen, zumal Art. 2 Abs. 1 GG als Auffanggrundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit subsidiär ist und „dazwischen“ auch das allgemeine

²⁰ *Herv. des Verf.*

Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG gerade die Konstellationen erfasst, die den speziellen Grundrechten zwar vergleichbar sind, aber nicht in deren Schutzbereich fallen.

Der nächste Schritt ist die Abgrenzung dieser *beiden Ausprägungen des Art. 2 Abs. 1 GG* und der Lösungsweg des BVerfG ist in diesem Punkt entweder als unscharf oder als inkonsequent zu bezeichnen. Der *Senat* gibt vor, dass das „Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit“ zwei Ausprägungen habe, nämlich die „Ausprägung als *allgemeines Persönlichkeitsrecht* (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) einerseits und als *allgemeine Handlungsfreiheit* (Art. 2 Abs. 1 GG) andererseits“ (Rn. 106). Der 2. Leitsatz des Beschlusses unterscheidet diese beiden Ausprägungen ebenfalls deutlich und explizit. Eine Unterscheidung würde auch von Prüflingen in einem Gutachten erwartet. Indes sind die Kriterien, nach denen eine Freiheitsbetätigung die qualifizierte „Ausprägung als allgemeines Persönlichkeitsrecht“ (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) betreffen soll, alles andere als klar und greifbar. Zwar haben entsprechende Begründungen regelmäßig eine hohe Überzeugungskraft, wenn nicht Evidenz: Wer würde widersprechen, dass die Gefahr der Vereinsamung für die Persönlichkeitsentfaltung relevant ist, ja sogar „konstituierende Bedeutung“ hat? Schwieriger ist es indes, negativ zu begründen, welche Freiheitsbetätigungen für die Persönlichkeitsentfaltung keine bzw. keine hinreichende Bedeutung haben sollen. Es gäbe auch für die Lehrbuchbeispiele der allgemeinen Handlungsfreiheit plausible Gründe, eine „konstituierende Bedeutung“ für die Persönlichkeitsentfaltung anzunehmen: Stellen wir uns einmal eine alleinstehende Person vor, deren größte Freude im Kampf gegen die Einsamkeit es ist, wenigstens im Park die Tauben füttern zu dürfen, während sich der Nachbar auf sein Pferd schwingt, um im Wald zu reiten. Vielleicht bedeuten beiden Nachbarn Tiere längst mehr als ihre Nachbarschaft. Und liegt es fern, dass eine besondere Fürsorge für Tiere bzw. das regelmäßige Reiterlebnis Persönlichkeiten prägen kann? Die Schwierigkeiten einer Abgrenzung zwischen dem Auffanggrundrecht und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht liegen schon begrifflich darin, dass beide in Art. 2 Abs. 1 GG verortet werden, der nun einmal „das Recht auf freie Entfaltung der *Persönlichkeit*“ schützt und dass das BVerfG auch die allgemeine Handlungsfreiheit (zu Recht!) als Ausprägung dieses Rechts versteht, was auch noch überzeugt, wenn diese weit verstanden wird („Tauben füttern“ und „Reiten im Walde“²¹).

Vorliegend bleibt diffus, ob Kontaktbeschränkungen in Konstellationen, in denen enge persönliche Bindungen betroffen sind, die aber nicht unter Art. 6 Abs. 1 GG fallen, von der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG lediglich „aufgefangen“ werden. So klingt zunächst die Einordnung des *Senates* (Rn. 112): „Das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) gewährleistet über familienähnliche Bindungen hinaus auch die Freiheit, mit beliebigen anderen Menschen zusammenzutreffen. Solche Zusammenkünfte schützt Art. 2 Abs. 1 GG jedenfalls in seiner Ausprägung als umfassende *allgemeine Handlungsfreiheit*

(vgl. dazu grundlegend BVerfGE 6, 32 [36]). Geschützt ist jede Form menschlichen Handelns ohne Rücksicht darauf, welches Gewicht der Betätigung für die Persönlichkeitsentfaltung zukommt (BVerfGE 91, 335 [338]). Selbstverständlich erfasst das auch das Zusammentreffen mit beliebigen anderen Menschen. Die angegriffenen Kontaktbeschränkungen beschnitten aber solche Zusammenkünfte und griffen damit – über die Beeinträchtigung von Art. 6 Abs. 1 GG hinausgehend – in die *allgemeine Handlungsfreiheit* ein.“

Die Formulierung „jedenfalls (sic!) in seiner Ausprägung als umfassende allgemeine Handlungsfreiheit“ ist offen dafür, dass im Einzelfall doch auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht betroffen sein kann. Die weiter oben bereits zitierte Passage aus der Verhältnismäßigkeitsprüfung (Rn. 221) zeigt, dass neben der drohenden Vereinsamung auch die „spezifische Persönlichkeitsrelevanz einzelner Beziehungen“ eine Konstellation ist, bei der das *allgemeine Persönlichkeitsrecht* in Ansatz zu bringen ist. Von Prüflingen in einem Gutachten würde erwartet, sich (nicht erst im Rahmen der Verhältnismäßigkeit) darauf festzulegen, ob die allgemeine Handlungsfreiheit oder das allgemeine Persönlichkeitsrecht betroffen ist. Das sollte bei einer Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz auch dann geschehen, wenn das Gesetz in verschiedenen Einzelfallkonstellationen einen Eingriff in je verschiedene Schutzbereiche bewirkt. Im Ergebnis wäre beides gut vertretbar. Ob sich die Zuordnung überhaupt auf das Schutzniveau auswirkt, bleibt in der Begründung des *Senats* unklar. Es ist aber – einstweilen – Prüflingen nicht zu empfehlen, die Abgrenzung von Schutzbereichen dahinstehen zu lassen, weil sich das auf die Schranken gar nicht auswirke. Dabei ist eine Tendenz der Rechtsprechung allerdings nicht zu verkennen, dass die Bedeutung problembezogener und in der Handhabung sehr flexibler Maßstäbe zunimmt und die Bedeutung der Schrankensystematik abnimmt. Auch im Ergebnis nimmt das BVerfG an, dass vorliegend in alle geprüften Grundrechte schwerwiegend eingegriffen wurde, aber keines verletzt ist.

Bei der Abgrenzung zwischen allgemeiner Handlungsfreiheit und allgemeinem Persönlichkeitsrecht stellt sich stets auch die Frage, ob nicht letzteres gegenüber dem Auffanggrundrecht eine Sperrwirkung entfaltet (so wie natürlich auch Art. 6 Abs. 1 GG, der ebenfalls vorliegend betroffen ist, s.o.). An einer solchen Sperrwirkung scheitert allerdings eine Anwendung des Art. 2 Abs. 1 GG vorliegend nicht. Die Frage der Sperrwirkung ist nämlich für verschiedene Grundrechtseingriffe je einzeln zu betrachten. Mit Grundrechtseingriff ist dabei nicht nur der Rechtsakt, dessen Verfassungsmäßigkeit geprüft wird, gemeint (hier die Vorschrift des § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 IfSG i.d.F. v. 23.4.2021). Vielmehr können in einem Rechtsakt und so auch in der einzelnen Vorschrift des IfSG mehrere Grundrechtseingriffe liegen, insofern sie nämlich in sehr verschiedenen Konstellationen verschiedene Wirkungen hat, die je verschiedene Grundrechte beschränken. Dieselbe Vorschrift kann also zugleich einen Eingriff in ein spezielles Grundrecht (hier Art. 6 Abs. 1 GG) als auch in das allgemeine Persönlichkeitsrecht als auch in die allgemeine Handlungsfreiheit bewirken. Der Systematik der Sperrwirkung widerspricht es lediglich, wenn die Kontaktbeschränkungen zwischen Familienmitgliedern zugleich noch einmal am Maßstab

²¹ BVerfGE 54, 143; 80, 137.

des Art. 2 Abs. 1 GG geprüft würden. Erwähnt sei noch, dass auch die Bußgeldandrohung einen zusätzlichen Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG darstellt (Rn. 115).

Auf die Rechtfertigung der Kontaktbeschränkungen soll im Rahmen dieser Besprechung nur sehr kurz eingegangen werden. Die Ausführungen des *Senats* dazu sind schon deshalb aus didaktischer Hinsicht nicht vorbildhaft, weil die Rechtfertigung aller Eingriffe in alle Schutzbereiche im Rahmen einer Gesamtrechtfertigung geprüft wird. Es spricht manches dafür, dass das BVerfG auf diese Weise seine Ergebnisse sogar besser begründen konnte als mit einer „schulmäßigen“ Prüfung jedes einzelnen Eingriffs. Im Ergebnis kommt es hier z.B. nicht darauf an, dass Art. 6 Abs. 1 GG ein vorbehaltlos gewährleistetes Grundrecht ist, während für Art. 2 Abs. 1 GG die Schrankentrias greift: Denn das Gesetz dient hier dem Schutz von Leben und Gesundheit und soll eine Überlastung des Gesundheitssystems abwenden. Es liegen also Verfassungsgüter vor, die als „verfassungsimmanente Schranken“ auch vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechten Grenzen setzen. Auch im Rahmen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne wiegen die Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht jedenfalls z.T. so schwer, dass sie vergleichbar rechtfertigungsbedürftig erscheinen wie die Eingriffe in Art. 6 Abs. 1 GG. Die Unschärfen der Abgrenzung der Schutzbereiche in dem Beschluss können auch so gedeutet werden: Das BVerfG vermeidet es zunächst, den „besonderen“ Schutz von Ehe und Familie i.S.d. Art. 6 Abs. 1 GG zu relativieren, indem es mit diesem speziellen Grundrecht beginnt und Konstellationen außerhalb seines Schutzbereichs „nur“ unter Art. 2 Abs. 1 GG subsumiert. Es behält sich damit aber vor, auch den Eingriff in außereheliche und außerfamiliäre Bindungen als schwerwiegend zu bewerten, wodurch sich die hiervon Betroffenen letztlich ernstgenommen fühlen.

Auf die Fragen der formellen Verfassungsmäßigkeit eines *selbstvollziehenden Gesetzes* unter Aspekten der Gewaltenteilung und des Rechtsschutzes, die das BVerfG auch bezüglich der Kontaktbeschränkungen aufwirft und letztlich großzügig beantwortet (Rn. 138 ff.), wird noch bezüglich der Ausgangsbeschränkungen eingegangen (s.u.). Nicht neu ist, dass der „als Blankettnorm gestaltete Ordnungswidrigkeitentatbestand § 73 Abs. 1a Nr. 11b IfSG“ (Rn. 152) zwar an Art. 103 Abs. 2 GG gemessen wird und damit gesteigerten Anforderungen der Bestimmtheit genügen muss, dass diese „aber regelmäßig nicht das Niveau für den besonders grundrechtssensiblen Bereich des materiellen Strafrechts“ erreichen (Rn. 159).

Auch die materiellen Fragen der Verhältnismäßigkeit (Rn. 166 ff.) werden in einer Art Gesamtverhältnismäßigkeitsprüfung abgearbeitet: Alle betroffenen Grundrechte werden parallel abgehandelt und dabei wird punktuell auf die Schwere der Eingriffe in einzelne Grundrechte Bezug genommen. Aus didaktischen Gründen ist davon sehr abzuraten und es spricht für sich, dass bei genauerer Betrachtung auch die oben genannten Unschärfen entstehen: So wird die Schwere eines Eingriffs in das allgemeine Persönlichkeitsrecht in die Waagschale geworfen, obwohl nur ein Eingriff „jedenfalls“ in die allgemeine Handlungsfreiheit angenommen wurde.

In der Sache mag es zwar sein, dass nur durch eine Gesamtverhältnismäßigkeitsprüfung dem Umstand Rechnung getragen werden konnte, dass erstens schon die einzelne Bestimmung der Kontaktbeschränkungen in viele Grundrechte eingreift, dass zweitens weitere Maßnahmen (z.B. die Ausgangsbeschränkungen) die Wirkungen dieser Eingriffe noch schwerwiegender machen und dass drittens die Effektivität der Maßnahmen im Rahmen der Pandemiebekämpfung nur in ihrem Zusammenwirken angemessen bewertet werden kann. Es handelt sich also um die Herausforderung einer besonders komplexen Interessenabwägung. Zu dem Versuch des *Senates*, dem gerecht zu werden, sei hier nur Folgendes festgehalten: Der *Senat* erwähnt zwar, dass die Schwere der Eingriffe auch kumulativ zu bewerten sei, prüft aber trotzdem die Rechtfertigung der Kontaktbeschränkungen und der Ausgangsbeschränkungen getrennt (und die gleichzeitigen Schulschließungen sogar in einem davon verschiedenen Verfahren: Bundesnotbremse II). Für das Ergebnis deutet das BVerfG an, dass sich die Einbeziehung weiterer Interessen wechselseitig aufwiegen ließe: „Daneben wurden die Auswirkungen der durch die Kontaktbeschränkungen hervorgerufenen Beeinträchtigungen der Lebensgestaltung durch die *zeitgleiche Geltung der sonstigen Maßnahmen* zur Eindämmung der Pandemie *verstärkt*. In wertender Betrachtung wurde diese verstärkende Wirkung aber ihrerseits dadurch begrenzt, dass sie *Konsequenz des gesetzgeberischen Gesamtkonzepts* war, Maßnahmen der Pandemiebekämpfung in zahlreichen Lebensbereichen zu ergreifen, um Belastungen breit zu streuen und so Überforderungen einzelner Gruppen in ausgewählten Lebensbereichen zu vermeiden.“ (Rn. 224).

Es kann hier nicht vertieft werden, ob die Verfassung wirklich eine Gesamtverhältnismäßigkeit gebietet (oder nur die Vereinbarkeit von Maßnahmen mit einzelnen Grundrechten).²² Sicher ist, dass eine Gesamtverhältnismäßigkeitsprüfung im umfassenderen Sinne den Rahmen dessen sprengen würde, was von Prüflingen in einem Gutachten geleistet werden könnte. Das BVerfG, das sich ein halbes Jahr Zeit genommen hat, wagte sie auch nicht. Prüfungsaufgaben, die von Maßnahmen des Infektionsschutzes handeln, sollten strikt den Gegenstand und die Maßstäbe beschränken. Kontaktbeschränkungen ließen sich z.B. aus der Perspektive eines Einzelfalls thematisieren, wobei dann nur das in einer spezifischen Konstellation betroffene Grundrecht zum Maßstab gemacht werden soll.

Von hoher praktischer Relevanz ist, dass das BVerfG – nicht nur in dieser Entscheidung – zunehmend in den Blick nimmt, ob Entscheidungen des Gesetzgebers auf „hinreichend tragfähige Grundlagen“ (Rn. 170) gestützt werden. Das sind aber tatsächliche Fragen, die in Klausuren keine Rolle spielen dürften und ebenfalls hier nicht vertieft werden. Das gilt auch für die Kontrolldichte, die in den Entscheidungen des BVerfG von Fall zu Fall variiert wird. Vorliegend streitet zwar einerseits die Schwere der Eingriffe für eine intensive Kontrolle, andererseits sprechen die Schutzbedürfnisse in einer Pandemie und die sich ständig ändernden Umstände und Erkennt-

²² Zu solchen holistischen Ansätzen *Michael/Morlok* (Fn. 14), § 4 Rn. 59 ff.

nisse auch für erhebliche Spielräume des Gesetzgebers. Bemerkenswert ist folgender Satz des Beschlusses, insbesondere, weil der *Senat* die in der Rechtsprechung variierenden Anforderungen offenlegt: „Auch bei der Prüfung der Angemessenheit besteht grundsätzlich ein Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers (vgl. BVerfGE 68, 193 [219 f.]; 121, 317 [356 f.]; 152, 68 [137 Rn. 183]; strenger etwa BVerfGE 153, 182 [283 f. Rn. 266]; hierzu auch BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 19. November 2021 – 1 BvR 971/21 u.a. - Rn. 135).“ (Rn. 217). Es spricht vieles dafür, dass die Zurückhaltung des BVerfG hier dem Kontext der Pandemiebekämpfung geschuldet ist und keine darüber hinaus gehende Relevanz entfaltet. Das BVerfG verweist in einer weiteren Entscheidung vom selben Tage (Bundesnotbremse II) auf jüngste Rechtsprechung anderer europäischer Verfassungsgerichte ebenfalls zu Corona-Maßnahmen.²³

2. Ausgangsbeschränkungen als Eingriffe in Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG

Vergleichsweise „griffig“ (und deshalb auch für Prüfungen gut geeignet) ist die Frage, ob die nächtlichen Ausgangsbeschränkungen, die gesetzesunmittelbar galten, gegen die *Freiheit der Person* nach Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG i.V.m. Art. 104 GG verstoßen. Dabei lässt sich erstens darüber streiten, ob diese überhaupt in den Schutzbereich fallen (Rn. 241 ff.) und zweitens, ob die Schrankenregelung des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG („nur auf Grund eines Gesetzes“) beim Wort zu nehmen ist und also Eingriffe *durch Gesetz* verfassungswidrig sind (Rn. 267 ff.).

Für eine solche, im Ergebnis *strenge Sichtweise*, die beides bejaht und nach der die Verfassungsbeschwerden jedenfalls in dieser Hinsicht begründet gewesen wären, hätten gewichtige Argumente gesprochen. Sie seien hier der Besprechung der Lösung des BVerfG „gutachterlich“ vorangestellt:

Sich im öffentlichen Raum frei bewegen zu können, gehört zu den Selbstverständlichkeiten eines freiheitlichen Gemeinwesens. Das spricht dafür, den *Schutzbereich* dieses Grundrechts – wie viele andere spezielle Grundrechte auch – im Zweifel *weit* zu interpretieren.²⁴ Danach wären auch nächtliche Ausgangsbeschränkungen Eingriffe in die Freiheit der Person – auch wenn bei einem Verstoß gegen das Verbot nicht ohne weiteres die Anwendung unmittelbaren Zwangs durch die Polizei droht. Für ein weites Verständnis spricht zudem, dass sich aus Art. 104 Abs. 2–4 GG ergibt, dass nicht nur die Freiheitsentziehung (Haft) gemeint ist, sondern dass letztere einen qualifizierten Fall darstellt, für den außerdem ein Richtervorbehalt greift. Auch die allgemeine Eingriffsdogmatik erfasst unproblematisch imperative Beschränkungen aller Art und nicht nur solche, bei denen die Anwendung unmittelbaren Zwangs unmittelbar zu erwarten ist.²⁵

²³ BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 – 1 BvR 971/21, Rn. 135. Dazu in einer gesonderten Besprechung in der ZJS im nächsten Heft.

²⁴ *Rixen*, in: Sachs (Fn. 14), Rn. 229 ff.; *Gusy*, NJW 1992, 457 (459 f.); *Kingreen/Poscher*, Grundrechte Staatsrecht II, 37. Aufl. 2021, § 10 Rn. 568.

²⁵ St. Rspr., vgl. BVerfGE 30, 227 (243 f.); 46, 120 (137); 66,

Ebenso gibt es gute Gründe dafür, die *Schranken* der so essentiellen Bewegungsfreiheit besonders *streng* zu interpretieren. Dafür spricht schon der Wortlaut des Art. 2 Abs. 2 S. 3 und des Art. 104 GG. Die Ausdifferenzierung der Schranken gilt als Besonderheit des deutschen Grundrechtskatalogs und ist kein Redaktionsversehen.²⁶ So betont auch der *Senat* vorliegend: „Wie sich aus der Bezeichnung des Rechts als ‚unverletzlich‘ und aus seinen Schranken in Art. 2 Abs. 2 S. 3 sowie Art. 104 Abs. 1 GG und den Verfahrensgarantien des Art. 104 Abs. 2 bis 4 GG ergibt, handelt es sich um ein Grundrecht von hohem Rang (vgl. BVerfGE 156, 63 [127 Rn. 221] m.w.N.), in das lediglich aus wichtigen Gründen eingegriffen werden darf (vgl. BVerfGE 149, 293 [318 Rn. 65] m.w.N.).“ (Rn. 241). Die Vorgabe „nur auf Grund eines Gesetzes“ als *Verwaltungsvorbehalt* zu interpretieren wäre ebenfalls kein leerer Formalismus. Das würde bedeuten: Der Gesetzgeber müsste für Eingriffe eine Grundlage schaffen (Vorbehalt des Gesetzes) und die Verwaltung müsste diese im Einzelfall vollziehen (Verwaltungsvorbehalt). Ohne einen exekutiven Vollzugsakt dürfte das Grundrecht nicht beschränkt werden.²⁷ Das diene dem Grundrechtsschutz, weil die Exekutive ihrerseits die Entscheidung treffen und verantworten müsste, ob für den Grundrechtseingriff ein sachlicher Grund besteht und ob Bedenken gegen die Verhältnismäßigkeit bestehen.²⁸ Der Exekutiventscheidung läge ein Verwaltungsverfahren zugrunde, das seinerseits die Grundrechte schützt (insbesondere durch Anhörungs- und Begründungspflichten). Solcher Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren passte auch dazu, dass Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG explizit darauf verweist, dass Eingriffe nur in den in der gesetzlichen Grundlage „vorgeschriebenen Formen“ erfolgen dürfen. Gegen die Exekutiventscheidung wäre schließlich der Rechtsweg eröffnet und nach Art. 19 Abs. 4 GG sogar garantiert.²⁹ All diese grundrechtlichen Sicherungen entfallen bei einem Eingriff unmit-

39 (60); 76, 1 (42 ff.); 105, 279 (300 ff.); 110, 177 (191); 113, 63 (76); 116, 202 (222); *Dreier*, in: *Dreier* (Fn. 14), Vorb. vor Art. 1 Rn. 125; *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 9, 3. Aufl. 2011, S. 464 ff.; *Jarass* (Fn. 16), Vorb. vor Art. 1 Rn. 28; *Stern*, in: *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 3/2, 1994, S. 1217 ff.

²⁶ *Jarass* (Fn. 16), Vorb. vor Art. 1 Rn. 40; *Hermes*, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. 3, 2009, S. 349 ff.; vgl. *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 13), Art. 1 Rn. 275.

²⁷ *Jarass* (Fn. 16), Art. 2 Rn. 119; *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 2 Rn. 145; *Sachs* (Fn. 14), S. 1105 f.; *Schulze-Fielitz* (Fn. 14), Art. 2 Rn. 106; *Starck* (Fn. 26), Art. 2 Rn. 198.

²⁸ *Di Fabio*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 55. Lfg., Stand: Mai 2009, Art. 2 Abs. 2 S. 2 Rn. 42.

²⁹ BVerfGE 15, 275 (280); 49, 329 (340); 65, 76 (90); 107, 395 (403 ff.); *Enders*, in: *Epping/Hillgruber* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Grundgesetz, 49. Ed., Stand: 15.11.2021, Art. 19 Rn. 55; *Jarass* (Fn. 16), Art. 19 Rn. 42 ff.; *Sachs*, in: *Sachs* (Fn. 14), Art. 19 Rn. 118.

telbar „durch Gesetz“ und nach einer strengen Schrankeninterpretation soll genau das durch den Verwaltungsvorbehalt „nur auf Grund eines Gesetzes“ ausgeschlossen werden. Ein solcher Verwaltungsvorbehalt schränkt den Gesetzgeber noch weiter ein als das in Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG normierte Verbot des Einzelfallgesetzes: Der Verwaltungsvorbehalt verbietet dem Gesetzgeber nicht nur, anstelle der Verwaltung einen Einzelfall zu regeln, sondern auch, ohne die Verwaltung überhaupt in ein Grundrecht unmittelbar einzugreifen. Das zeigt, dass der allgemeine – und dadurch keinesfalls relativierte – Vorbehalt des Gesetzes nur die notwendige, keinesfalls aber die hinreichende Bedingung für die formelle Verfassungsmäßigkeit eines Grundrechtseingriffs darstellt. Zu diesem Ansatz eines spezifischen Grundrechtsschutzes durch Gewaltenteilung passt auch, dass Art. 104 Abs. 2 GG den Verwaltungsvorbehalt noch ergänzt durch einen Richtervorbehalt. Der Ansatz ließe sich mit Blick auf Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG auch noch weiter verschärfen, wenn wir auch diesen beim Wort nehmen: Danach sind Eingriffe sogar explizit nur „auf Grund eines förmlichen Gesetzes“ möglich. Das ließe sich in einer strengen Auslegung so interpretieren, dass Eingriffe auch nicht unmittelbar durch eine Rechtsverordnung erfolgen dürfen. Auch hierfür würde der Grundrechtsschutz streiten: Denn gegen eine Rechtsverordnung ist zwar nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO gegebenenfalls der Rechtsweg eröffnet. Die Rechtsverordnung impliziert aber – wie das Gesetz – kein auf den Schutz der Grundrechte im Einzelfall gerichtetes Verwaltungsverfahren. Nach dieser Argumentation wären allgemeine Ausgangssperren in der Rechtsform des Gesetzes (und der Verordnung) nach dem Grundgesetz schlechthin ausgeschlossen. Denkbar wären sie dann allenfalls in der Form einer Allgemeinverfügung (z.B. in einer Pandemie bezogen auf einen einzelnen Landkreis, in dem das Infektionsgeschehen eskaliert – was dem Regelungsmodell der „Bundesnotbremse“ im Ergebnis nahekäme, aber formal anders konstruiert wäre). Gegen eine solche Allgemeinverfügung wäre dann die Anfechtungsklage zum Verwaltungsgericht statthaft.³⁰

Das BVerfG ist nicht zu diesem Ergebnis gekommen, sondern hat die vorliegende gesetzesunmittelbare Ausgangsbeschränkung für verfassungskonform gehalten. Um zu diesem alternativen Ergebnis zu kommen, hätte es einen sehr naheliegenden Weg gegeben, der ebenfalls dem Lösungsweg des BVerfG vorangestellt sei: Nach bisher herrschender Ansicht ist Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG nicht in dem oben beschriebenen Wege weit zu verstehen. Vielmehr sollen nur solche Eingriffe als Freiheitsbeschränkungen erfasst werden, die der klassischen Freiheitsentziehung (Haft) in einem Punkt vergleichbar sind: Es soll sich um Beschränkungen der Bewegungsfreiheit handeln, die zwar nicht auf einen bestimmten, engen Raum fixiert sind, deren physische Zwanghaftigkeit sich aber aus der tatsächlichen oder potentiellen, zeitlich vorhersehbaren Anwendung sofortigen unmittelbaren Zwangs ergibt.³¹

³⁰ Pietzcker/Marsch, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, Bd. 1, 38. Lfg., Stand: Januar 2020, § 42 Abs. 1 Rn. 67; Wysk, in: Wysk (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, 3. Aufl. 2020, § 42 Rn. 10.

³¹ Di Fabio (Fn. 28), Art. 2 Abs. 2 S. 2 Rn. 30 f.; Jarass

Auch für diese engere Sichtweise sprechen gute Gründe: Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG bleibt dann ein wirklich spezielles Grundrecht: Es ist klar vom Anwendungsbereich des Auffanggrundrechts der allgemeinen Handlungsfreiheit abgegrenzt – und zwar sowohl im Hinblick auf die Freiheitsentziehung i.S.d. Art. 104 Abs. 2–4 GG als auch die „bloße“ Freiheitsbeschränkung i.S.d. Art. 104 Abs. 1 GG. Verbote, einen eng umgrenzten Ort zu verlassen, sind Freiheitsentziehungen. Verbote, bestimmte Orte zu betreten, sind Freiheitsbeschränkungen. Beides muss aber mit physischer Zwanghaftigkeit oder zumindest mit der vorhersehbaren Anwendung von Zwang verbunden sein. Daraus erklärt sich das deutlich gegenüber der allgemeinen Handlungsfreiheit abgehobene Schutzniveau noch besser: Ein Verwaltungsvorbehalt ist umso plausibler, wenn unter Freiheitsbeschränkungen nur solche verstanden werden, die mit physischer Zwanghaftigkeit verbunden sind. In den Worten des BVerfG: „Normprogramm und Schutzrichtung der Schrankenregelung sind damit grundsätzlich auf solche Eingriffe in die Fortbewegungsfreiheit zugeschnitten, die selbst bereits unmittelbar körperlichen Zwang entfalten oder solchen für den Einzelfall gestatten. Die prozeduralen und materiellen Sicherungen des Art. 104 Abs. 1 GG sind in den Fällen erforderlich, in denen die staatliche Gewalt unmittelbaren körperlichen Zugriff auf eine Person hat.“ (Rn. 272).

Der Begründungsaufwand, die gesetzliche Ausgangsbeschränkung mangels physischer Zwangswirkung nicht als Eingriff in die Freiheit der Person i.S.d. Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG zu behandeln, sondern als bloßen – freilich schwerwiegenden – Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG, wäre unter Verweis auf die h.M. gering gewesen. Das Problem der Interpretation der besonderen Schrankenregelungen der Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG i.V.m. Art. 104 Abs. 1 GG hätte sich dann gar nicht gestellt. Der Senat hätte sich ganz auf die Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme konzentrieren können, auf die letztlich alles hinausläuft.

Nun zur Lösung des BVerfG: Stattdessen geht der Senat einen Umweg, der ihm (und uns) erhebliches Kopfzerbrechen bereitet: Er interpretiert zunächst den *Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG weit*. „Eingriffe in Art. 2 Abs. 2 Satz 2 in Verbindung mit Art. 104 Abs. 1 GG sind nicht auf solche durch unmittelbar wirkenden körperlichen Zwang beschränkt. Sie können auch bei staatlichen Maßnahmen mit *lediglich psychisch vermittelt* wirkendem Zwang vorliegen, wenn deren Zwangswirkung in Ausmaß und Wirkungsweise einem unmittelbaren physischen Zwang vergleichbar ist.“ (Rn. 242). Zwar konstatiert der Senat: „Um einen gegen den Willen auf Ausübung der Fortbewegungsfreiheit gerichteten staatlichen Eingriffsakt annehmen zu können, bedarf es einer davon ausgehenden Zwangswirkung, die nach Art und Ausmaß einem unmittelbar wirkenden physischen Zwang vergleichbar ist (vgl. Bay.VerfGH, Entscheidung vom 9. Februar 2021 – Vf. 6-VII-20-, Rn. 63).“ (Rn. 246). Aber diese Vergleichbarkeit mit dem physischen Zwang wird nicht – wie bisher von der h.M. – so verstanden, dass unmittelbarer Zwang in absehbarer Zeit vorhersehbar droht, sobald sich jemand dem staatlichen

(Fn. 16) Art. 2 Rn. 112, 114; Michael/Morlok (Fn. 14), § 9 Rn. 175; Schulze-Fielitz (Fn. 14), Art. 2 Rn. 104.

Verbot widersetzt. Vielmehr reicht die „einfach zu bewerkstellende Kontrolle der Einhaltung des Verbots“ (Rn. 249) – unabhängig davon, ob mit dieser konkret zu rechnen ist, aus. Auch die Quantität der täglich siebenstündigen Beschränkung ist ein Argument des *Senates* für den Eingriff in das spezielle Grundrecht der Freiheit der Person. „In der Gesamtschau war damit die Schwelle zum Eingriff in Gestalt der Freiheitsbeschränkung bereits überschritten.“ (Rn. 249).

Aber wer vermutet, dass dieses mühsam begründete Ergebnis darauf zielt, die besonderen Schrankenregelungen des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG i.V.m. Art. 104 Abs. 1 GG in Ansatz bringen zu können, sieht sich getäuscht. Mit nicht minder großem Argumentationsaufwand interpretiert das BVerfG nämlich genau diese Hürden wieder weg und kommt zu dem Ergebnis: „§ 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 IfSG verletzte nicht deshalb die Fortbewegungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 in Verbindung mit Art. 104 Abs. 1 GG, weil die Ausgangsbeschränkungen ohne weiteren behördlichen Vollzugsakt *unmittelbar durch Gesetz* angeordnet waren.“ (Rn. 268).

Statt den erheblichen Gründen, die für eine Interpretation der Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG i.V.m. Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG als Verwaltungsvorbehalt streiten, Argumente entgegenzusetzen, arbeitet sich der *Senat* zunächst daran ab, zu begründen, warum eine strenge Sichtweise nicht „zwingend“ (Rn. 269) sei. Dem ist zu entgegnen: Was in der Verfassungsinterpretation ist schon zwingend? Und welches Grundrechtsverständnis verbirgt sich dahinter, spezielle Schrankenvorbehalte nur dann streng beim Wort zu nehmen, wenn dafür zwingende Gründe sprechen?

Vielleicht nicht zwingende, aber nur mit starken Argumenten zu widerlegende Gründe arbeitet der *Senat* deutlich heraus: Danach liegt diesen Vorschriften „ein erkennbar auf den administrativen Vollzug freiheitsbeschränkender Maßnahmen und die hierbei zu wählenden legislativen und judikativen Vorgaben ausgerichtetes Normprogramm zugrunde. Die übrigen in Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG formulierten Anforderungen an die Einschränkungen der Freiheit der Person verstärken diesen Eindruck.“ (Rn. 271). Der *Senat* spitzt das sogar noch zu: „Der damit aktivierte Grundrechtsschutz durch Verfahren lässt sich nur (sic!) bei dem Vollzug von Freiheitsbeschränkungen durch die Exekutive umfänglich gewährleisten.“ (Rn. 271). Dem *Rezensenten* erschließt sich nicht, wie der *Senat* dann zu folgender Aussage gelangt: „Nichts (sic!) spricht dafür, dass Art. 2 Abs. 2 Satz 2 und Art. 104 Abs. 1 GG nach ihrem Zweck gegenüber dem Gesetzgeber ein absolutes, uneinschränkbares Recht begründen soll.“ (Rn. 272).

Diese starken Aussagen stehen schon rhetorisch in bemerkenswertem Kontrast zu der vorsichtigeren Behauptung, (auch) die Sichtweise des *Senates* sei (jedenfalls) konsequent: „Wenn aber Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG auch auf selbstvollziehende Maßnahmen des Gesetzgebers Anwendung findet, obwohl diese für sich genommen nicht unmittelbar körperliche Zwangswirkung entfalten, ist es konsequent (sic!), dass auch ein solcher legislativer Grundrechtseingriff der Schrankenregelung des Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG genügen kann.“ (Rn. 268). Dass das ein Zirkelschluss ist, wird im Folgenden noch deutlicher: „Wird der Gesetzgeber selbst unmittelbar an dieses Grundrecht gebunden, muss er (sic!) umgekehrt auch von der

vorgesehenen Beschränkungsmöglichkeit Gebrauch machen können.“ (Rn. 272). Durch den Zungenschlag dieses Zirkelschlusses entsteht der bedenkliche Eindruck, dass ein grundrechtliches Normprogramm von der Beschränkung staatlicher Herrschaft in eine Ermöglichung von Eingriffen umgedeutet wird.

Dabei sei gar nicht bezweifelt, dass eine Möglichkeit der teleologischen Auslegung darin besteht, die Voraussetzungen von Normen mit Blick auf ihre Rechtsfolgen und hier also grundrechtliche Schutzbereiche mit Blick auf die spezifischen Schrankenregelungen zu interpretieren.³² So wird die allgemeine Handlungsfreiheit als Auffanggrundrecht weit und die Menschenwürde als absolute Gewährleistung eng interpretiert. Aber genau das hätte dagegen gesprochen, den Eingriff in den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG so weit zu interpretieren, um dann dessen Schranken zu entwerten. In folgender Erwägung kann dem *Senat* gefolgt werden: „Bei Eingriffen in die Fortbewegungsfreiheit unmittelbar durch Gesetz droht kein mit dem Schutzzweck der Schranken unvereinbarer Verlust an Rechtsschutz.“ (Rn. 272). Der *Senat* verweist in diesem Zusammenhang auf die Statthaftigkeit einer Feststellungsklage nach § 43 VwGO (Rn. 149).

Nicht überzeugen kann hingegen die dogmatische Konsequenz: „Teleologische Gründe sprechen daher bei einem erweiterten Eingriffsverständnis dagegen, die Schrankenregelungen in Art. 2 Abs. 2 Satz 3 und Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG kompetenziell als Verwaltungsvorbehalt auszulegen.“ (Rn. 272). Vielmehr wird das Telos der Schrankenregelungen hier weginterpretiert und damit der Sinn besonderer Grundrechte in Abgrenzung zur allgemeinen Handlungsfreiheit in Frage gestellt.

Es bleibt also die Frage: Warum geht der *Senat* diese Umwege, statt einen Eingriff in Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG abzulehnen und Art. 2 Abs. 1 GG als Auffanggrundrecht zu prüfen, wenn er letztlich darauf aus ist, lediglich die allgemeinen Schranken des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in Ansatz zu bringen?

Die Antwort auf diese Frage ist aus dem Gedanken zu erschließen, den der *Senat* – kaum zufällig – als „Leitsatz 1“ vorangestellt hat. Bei unbefangener Lektüre klingt dieser Leitsatz so, als wolle der *Senat* bekräftigen, dass die Grundrechtsbindung des Staates auch in einer Pandemie nicht ausgesetzt wird (s.o.). Bei Licht betrachtet ist dieser Leitsatz aber als Grundlegung einer Corona-Sonderdogmatik zu interpretieren und (auch) so zu lesen: „Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen als Maßnahmen zur *Bekämpfung einer Pandemie* [und d.h. nur in diesem Kontext] müssen [anders als Eingriffe jenseits des Infektionsschutzes *nicht allen besonderen Anforderungen der Schrankendogmatik der speziellen Grundrechte entsprechen, wohl aber*] den *allgemeinen* [sic!] verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Einschränkung von Grundrechten [und d.h. insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit] in jeder Hinsicht genügen.“ (*Herv.* und Ergänzungen vom *Verf.*). Ob damit nicht nur Einzelheiten der Begründung, sondern alle weiteren Leitsätze des Beschlusses

³² Zu dieser Argumentation *Michael/Morlok* (Fn. 14), § 4 Rn. 40.

im Lichte einer Sonderdogmatik der Pandemie zu lesen sind, bleibt freilich offen. Die Rechtsprechung des BVerfG neigt bekanntlich dazu, einmal aufgestellte Maßstäbe bei späteren Gelegenheiten zu dekontextualisieren.³³

Für den Ansatz, besondere und insbesondere formale, die Gewaltenteilung betreffende Schrankenforderungen der Grundrechte in einer Pandemie nicht anzuwenden (vgl. Leitsatz 1), sprechen durchaus funktionale Gründe: Wenn im Ergebnis der Gesetzgeber zwar Kontaktbeschränkungen, nicht aber Ausgangsbeschränkungen regeln dürfte und letztere der Exekutive überlassen müsste, wäre er gehindert, selbst ein Maßnahmenpaket umfassend zu schnüren. Gerade im Infektionsschutz ist aber die Effektivität der Maßnahmen von ihrer Kombination in besonderem Maße abhängig: Vorliegend hatten die Ausgangsbeschränkungen den Sinn, die Effektivität der Kontaktbeschränkungen zu erhöhen. Die Effektivität hat auch grundrechtliche Relevanz für die Verhältnismäßigkeit: Der Gesetzgeber könnte letztere nicht umfassend beurteilen, wenn er nicht wissen könnte, ob die Exekutive die von ihm geregelten Kontaktbeschränkungen durch Ausgangsbeschränkungen flankiert oder nicht. Freilich gäbe es in der vorliegenden Konstellation Lösungen auch für dieses Problem: So könnte der Bundesgesetzgeber die Exekutive ermächtigen, Ausgangsbeschränkungen in einzelnen Landkreisen unter bestimmten Voraussetzungen anzuordnen und dies als gebundene Entscheidung ausgestalten.

Das führt zurück zu der Frage, warum es dem *Senat* offenbar wichtig war, in der Pandemie klarzustellen, dass Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG *nicht als Verwaltungsvorbehalt* zu interpretieren ist. Dafür gibt es zwei Erklärungen, die über den Fall hinausweisen:

Erstens ist daran zu erinnern, dass dem Gesetzgeber monatelang vorgeworfen wurde, in der Pandemie nur eine Beobachterrolle einzunehmen. Mit der „Bundesnotbremse“ hat der Bundestag in unmittelbarer Weise selbst Verantwortung für Maßnahmen übernommen. Hätte das BVerfG die Ausgangsbeschränkungen an der Form des Gesetzes scheitern lassen, hätten das wohl viele Nichtjuristen befremdlich gefunden und es hätte auch dem Bundestag, der ja nicht primär Juristen gefallen will, möglicherweise ein überschießendes Signal gegeben, der Exekutive die Pandemie wieder stärker zu überantworten. Der Beschluss des BVerfG hingegen vermeidet den Ansatz, dass der Gesetzgeber hier verfassungsrechtlich stärker gebunden werde als die Exekutive.

Zweitens sollte bedacht werden, dass die spezielle Schrankenregelung des Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG nicht nur für die Freiheit der Person greift, sondern auch für das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Würde Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG als strenger Verwaltungsvorbehalt ohne Ausnahme interpretiert, wäre auch eine gesetzesunmittelbar geregelte Impfpflicht formell verfassungswidrig (soweit die Ausgestaltung der Konsequenzen für Nichtgeimpfte einen Eingriff begründet). Dazu verhält sich das BVerfG freilich nicht (ausdrücklich). Die sehr spezielle Argumentation hinsichtlich der Ausgangsbeschränkungen lässt sich nicht ohne weiteres auf

Impfpflichten übertragen. Einerseits sei vor einer Überinterpretation der Entscheidung gewarnt. Auch wenn der Erste Senat es im vorliegenden Kontext der Ausgangsbeschränkungen abgelehnt hat, die Schrankenregelung des Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG streng formal anzuwenden, hat er dessen Interpretation als Verwaltungsvorbehalt für klassische Eingriffe in Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG im Grundsatz bestätigt. Andererseits neigt die Rechtsprechung, wie gesagt, zur Dekontextualisierung und wenn das BVerfG wieder die Frage stellt, ob es zwingende Gründe gibt, in Bezug auf eine Impfpflicht den Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG als Verwaltungsvorbehalt zu interpretieren, erscheint das Ergebnis vorgezeichnet. Vor allem aber der Leitsatz 1 des vorliegenden Beschlusses weist hier den Weg, soweit eine Impfpflicht im Rahmen einer Pandemiebekämpfung erfolgt. Zur Sache sei angemerkt: Der *Rezensent* begrüßt, dass das BVerfG im Ergebnis die Regelungsspielräume in einer Pandemie betont, und er zweifelt im Ergebnis nicht daran, dass der Gesetzgeber in einer Pandemie eine allgemeine Impfpflicht verfassungskonform regeln könnte.

IV. Bedeutung der Entscheidung für die Examensvorbereitung?

Der *Rezensent* ist der Auffassung, dass die Bedeutung von Kenntnissen über aktuelle Rechtsprechung für das Examen erstens oft überschätzt wird. Tatsächlich kommt es im Examen viel stärker auf Können und viel weniger auf Wissen an als meist angenommen. Methodische Fertigkeiten und systematisches Verständnis können auch dort sehr weit tragen, wo aktuelle Rechtsprechung in Examensaufgaben verarbeitet wird (und deren Kenntnis hilfreich sein kann). Der *Rezensent* ist zweitens der Auffassung, dass jede Forcierung solcher Kenntnisse in der Lehre didaktisch verfehlt ist. Damit ist er selten auf grundsätzlichen Widerspruch gestoßen. Indes liegt das Problem darin, dass Lehrende (der *Verf.* schließt sich ein) das zwar grundsätzlich bestätigen, die Konsequenzen für ihr Rechtsgebiet aber relativieren würden. Etwa so: Die Studierenden sollten statt Entscheidungen des BGH, geschweige denn der Oberlandesgerichte, lieber ein Lehrbuch der Methodenlehre studieren; aber im Verfassungsrecht geht es natürlich nicht ohne Kenntnisse der Rechtsprechung des BVerfG. Dessen „ganz besonders“ wichtige Entscheidungen der letzten Zeit zu Grundfragen des Rechts und zugleich zu den Grundproblemen unserer Zeit (z.B. EZB³⁴, Klimaschutz³⁵) zu kennen, könne selbstverständlich von jedem Prüfling erwartet werden.

Da sich nach der Lektüre dieser Besprechung für deren Leser die Frage nicht stellt, ob sie die Entscheidung „Bundesnotbremse I“ kennen sollten und es auch keinen Anlass gibt, sie nach der Lektüre damit zu demotivieren, dass das zu verneinen wäre, soll hier abschließend nur die Frage aufgeworfen werden, welche Lehren aus der Beschäftigung mit der Entscheidung zu ziehen wären: Die vorliegende Besprechung reflektiert den Beschluss dogmatisch und methodisch statt nur die Ergebnisse von Dogmatik zu präsentieren. Statt die Leitsätze des Beschlusses auswendig zu lernen, sei empfo-

³³ *Lepsius*, in: Jestaedt u.a., Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 200 ff.

³⁴ BVerfGE 154, 17.

³⁵ BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18.

len, einzelne Aspekte der Entscheidung mit anderen zu diskutieren oder die öffentlichen Diskurse zu verfolgen bzw. selbst an ihnen teilzunehmen (im Verfassungsblog schreiben auch Studierende!). Das ist lehrreich, macht Spaß und verdient den Namen „Studium der Rechtswissenschaft“.

Sie können sich selbst dogmatisch schulen, wenn Sie versuchen, Aspekte der Entscheidung mit anderen Ansätzen der Grundrechtsdogmatik zu vergleichen: So erinnert der oben kritisierte „Umweg“ des BVerfG, den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG weit zu verstehen, um dann seine Schranken zu relativieren, an die Rechtsprechung, die den Schutzbereich von Art. 13 GG auf Geschäftsräume erstreckt, dann aber deren bloße Betretung nicht an Art. 13 Abs. 7 GG misst³⁶. Wer die vorliegende Entscheidung zum Anlass nimmt, das (noch) einmal nachzulesen, wird sich beides besser merken können. Und niemand wollte so weit gehen, dass Wissen schaden würde.

Prof. Dr. Lothar Michael, Düsseldorf

³⁶ BVerfGE 32, 54 (76 f.) – Betriebsbetretungsrecht; dazu *Michael/Morlok* (Fn. 14), § 9 Rn. 370, § 22 Rn. 596.
