

Grundstudium ÖR

Univ.-Prof. Dr. Thorsten Kingreen*

Der verfassungsrechtliche Schutz der Mobilität

<https://doi.org/10.1515/jura-2022-3244>

Die Maßnahmen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie haben zwei bislang eher wenig behandelte Grundrechte in den Fokus der Ausbildung gerückt, die die körperliche Mobilität garantieren: die Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 S. 2 u. 3/ Art. 104 GG) und die Freizügigkeit (Art. 11 GG).

Stichwörter: Bundesnotbremse, Corona-Pandemie, Freiheit der Person, Freizügigkeit

I. Mobilität und Freiheit

Bis zur Pandemie dachten die meisten Deutschen vermutlich an ihr Auto, wenn die Rede auf die Mobilität kam. Viele von ihnen sind Mitglieder des größten deutschen Vereins, dem Allgemeinen Deutschen Automobilclub (ADAC), der vor knapp 50 Jahren die Kampagne »Freie Fahrt für freie Bürger« gestartet hat. Im Herbst 1973 waren aufgrund der damaligen Energiekrise nicht nur vier autofreie Sonntage angeordnet worden, sondern auch befristet Tempo 100 auf den seinerzeit noch wenigen Bundesautobahnen. Wer langsamer fährt, spart Kraftstoff – eigentlich ganz einfach. Doch die automobilen Fortbewegung ist in Deutschland aufs Engste mit der Freiheit verknüpft. Die Kampagne des ADAC, die genau diesen Reflex bediente, war daher ein großer Erfolg. Später erhielt sie sogar noch zünftige Unterstützung eines rechtswissenschaftlichen Kollegen, der – passenderweise in der Mitgliederzeitschrift des ADAC – ein »Grundrecht auf Mobilität« ausrief.¹

Die Kampagne des ADAC wirkt nach. Es gibt trotz der neuerlichen Energiekrise kein allgemeines Tempolimit auf Bundesautobahnen. Die Konnotation der Freiheit mit der automobilen Fortbewegung ist in Deutschland ähnlich wirkmächtig wie in den USA mit dem Besitz von Waffen.

Das dahinterstehende Verständnis von Freiheit ist allerdings so banal und deren Beschränkung zu gering, als dass daraus eine grundsätzlichere rechtswissenschaftliche Diskussion darüber entstanden wäre, wie und insbesondere mit welchen Grundrechten das Grundgesetz die Mobilität schützt. Der verfassungsrechtliche Schutz der Mobilität ist daher erst in der Pandemie virulent geworden. (Nächtliche) Ausgangsbeschränkungen, die Absonderung von Kranken und Ansteckungsverdächtigen sowie innerdeutsche und regionale Reisebeschränkungen haben zu einer Renaissance zweier Grundrechte geführt, die die Mobilität gewährleisten und sich damit auch gegen diese Beschränkungen wenden: die in Art. 2 Abs. 2 S. 2 und Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG geschützte Freiheit der Person (dazu II.) und die Freizügigkeit, die Art. 11 Abs. 1 GG gewährleistet (dazu III.). Nicht nur in der rechtswissenschaftlichen Ausbildung, sondern auch in der Forschung² fanden beide Grundrechte zuvor nur unzureichende Beachtung. Das ist nicht nur wegen der pandemischen Erfahrung fragwürdig, sondern auch im Hinblick auf zukünftig notwendig werdende Beschränkungen von ökologisch schädlicher Mobilität.

II. Freiheit der Person, Art. 2 Abs. 2 S. 2 und 3/Art. 104 GG

Ausgangsfall 1: A wendet sich gegen Einzelregelungen zur Bekämpfung des Corona-Virus in § 28b IfSG a.F., der am 23.04.2021 in und am 30.06.2021 wieder außer Kraft getreten ist. Überschritt in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt an drei aufeinander folgenden Tagen die Anzahl der Neuinfektionen je 100.000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen den Schwellenwert von 100, so galten dort ab dem übernächsten Tag die in der Vorschrift normierten Maßnahmen. Dazu zählten insbesondere Ausgangsbeschränkungen (§ 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG). Danach war der Aufenthalt von Personen außerhalb einer Wohnung oder einer Unterkunft von 22 Uhr bis 5 Uhr des Folgetages untersagt. Die Regelung enthielt verschiedene Ausnahmetatbestände. Ausgenommen waren beispielsweise Aufenthalte zwischen 22 und 24 Uhr, die der im Freien stattfindenden al-

¹ Ronellenfitsch DAR 1992, 320 ff.; differenziert dazu Röthel Grundrechte in der mobilen Gesellschaft, 1997, 55 ff.

*Kontaktperson: Thorsten Kingreen, der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Sozialrecht und Gesundheitsrecht an der Universität Regensburg und Mitherausgeber dieser Zeitschrift.

² Im von Herdegen, Masing, Poscher und Gärditz herausgegebenen Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, werden beide Grundrechte überhaupt nicht behandelt.

lein ausgeübten körperlichen Bewegung dienen, sowie Aufenthalte, die der Abwendung eines medizinischen oder veterinärmedizinischen Notfalls, der Berufsausübung, der Wahrnehmung des Sorge- oder Umgangsrechts oder ähnlich gewichtigen Zwecken dienen. Verstöße wurden nach § 73 Abs. 1a Nr. 6 IfSG mit einem Bußgeld geahndet. Ist § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG mit den Grundrechten vereinbar?³

Ausgangsfall 2: Am 27.10.2020 wurde in der Schulklasse von S ein Mitschüler mittels eines PCR-Tests positiv auf das Coronavirus getestet. Am 26.10.2020 hatte dieser Schüler gemeinsam mit S den Unterricht besucht. Mit Schreiben vom 3.11.2020 teilte das zuständige Landratsamt (L) den Eltern des S mit, dass dieser aufgrund eines engen Kontakts zu einem bestätigten Fall von COVID-19 nach den aktuellen Kriterien des Robert Koch-Instituts (RKI) Kontaktperson der Kategorie I sei und daher nach der Allgemeinverfügung des Bayerischen Staatsministeriums für Gesundheit und Pflege vom 18.8.2020 bis zum 9.11.2020 in häusliche Isolation müsse. Die Allgemeinverfügung stützt sich auf Empfehlungen des RKI, wonach Personen in relativ beengter Raumsituation oder schwer zu überblickender Kontaktsituation mit dem bestätigten COVID-19-Fall (z. B. Schulklassen, Gruppenveranstaltungen) unabhängig von der individuellen Risikoeermittlung Kontaktpersonen der Kategorie I sein können (aber nicht müssen). Verstöße werden nach § 73 Abs. 1a Nr. 6 IfSG mit einem Bußgeld geahndet. Ist die Anordnung der häuslichen Isolation mit den Grundrechten des S vereinbar?⁴

1. Eingriffe in den Schutzbereich

In beiden Ausgangsfällen stellt sich zunächst die Frage, ob die »Freiheit der Person« i. S. v. Art. 2 Abs. 2 S. 2 und Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG betroffen ist.

Art. 2 Abs. 2 S. 2 und Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG werden stets zusammen geprüft und insbesondere vom Bundesverfassungsgericht als einheitliches Grundrecht angesehen.⁵ Die doppelte Gewährleistung in zwei textlich weit voneinander entfernten Normen hat entstehungsgeschichtliche Gründe. Als konstitutionelle Wurzel des Grundrechts gelten die Habeas-Corpus-Garantien in englischen Rechtsdokumenten gegen willkürliche Verhaftungen, zuerst in Art. 39 der Magna Charta Libertatum (1215), wonach die Gefangennahme eines Freien die Beachtung der Gesetze des Landes und ein gesetzliches Urteil erforderte. Daraus entwickelte sich im geschichtlichen Verlauf die Vorstellung, dass die Inhaftierung einer Person eines Grundes bedarf und die Angemessenheit dieses Grundes

gerichtlich überprüft werden muss.⁶ Die Freiheit der Person sollte also vor allem verfahrensrechtlich durch den Richter gewährleistet werden, weshalb der Parlamentarische Rat die Garantie auch in den Abschnitt über die Rechtsprechung (Art. 92 ff. GG) eingeordnet hat. Die eigenständige Bedeutung von Art. 104 GG folgt mithin aus den qualifizierten formellen Anforderungen, die in seinen Absätzen 2–4 an Freiheitsbeschränkungen und -entziehungen gestellt werden. In der Grundrechtsprüfung werden diese allerdings erst im Rahmen der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung⁷ relevant.

Es ging und geht bei der »Freiheit der Person« allerdings nicht allgemein um die Gewährleistung der Bewegungsfreiheit, sondern speziell um den Schutz der körperlichen Integrität vor hoheitlichen Eigentums- und Verfügungsrechten, die mit Verhaftungen einhergehen.⁸ Dieser Kontext zwischen der »Freiheit der Person« und dem Schutz von Leben und körperlicher Unversehrtheit erklärt auch, warum die U.S.-amerikanischen und französischen Revolutionsverfassungen im ausgehenden 18. Jahrhundert und selbst noch die Weimarer Reichsverfassung (1919) auf einen expliziten Schutz von Leben und Gesundheit verzichtet hatten. Man hielt nämlich das »Recht der persönlichen Freiheit«, das die Bürger auch vor Folter und Schafott bewahren sollte,⁹ für eine insoweit hinreichende Gewährleistung. Dass der Staat willkürlich Menschen verletzen oder töten würde, hatten sich die französischen und U.S.-amerikanischen Revolutionäre – im Gegensatz zu den Völkern, die sie kolonisiert hatten¹⁰ – nicht vorstellen können. Erst nach 1949 mussten sich die Erfahrungen mit einer enthemmten Staatsgewalt, die mit mehrheitlicher gesellschaftlicher Billigung einen perversen Tötungsapparat betrieben hatte, auch in Verfassungstexten niederschlagen. Das Bundesverfassungsgericht sieht folglich in der nunmehr expliziten Garantie von Leben und körperlicher Unversehrtheit in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG »ein Bekenntnis zum grundsätzlichen Wert des Menschenlebens und zu einer Staatsauffassung, die sich in betonten Gegensatz zu den Anschauungen eines politischen Regimes stellt, dem das einzelne Leben wenig bedeutete und das deshalb mit

³ BVerfGE 159, 223 – Transparenzhinweis: Der Verf. war Prozessbevollmächtigter in diesem Verfahren.

⁴ VGH München Urt. vom 26. 07. 2022 – 20 B 22.29, 20 B 22.30.

⁵ BVerfGE 159, 223 Rn. 241.

⁶ S. Dörr/Grote/Maruhn/Dörr EMRK/GG. Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, 3. Aufl. 2022, Kap. 13 Rn. 2.

⁷ S. daher unten 2.

⁸ Speziell zu diesem Kontext mit dem Schutz der körperlichen Integrität Isensee/Kirchhof/Wittreck Handbuch des Staatsrechts Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 151 Rn. 4 ff.

⁹ Isensee/Kirchhof/Müller-Terpitz Handbuch des Staatsrechts Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 147 Rn. 2.

¹⁰ Sachs/Rixen Grundgesetz. Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 2 Rn. 5.

dem angemäßen Recht über Leben und Tod des Bürgers schrankenlosen Missbrauch trieb.«¹¹

Es besteht damit ein enger entstehungsgeschichtlicher Kontext zwischen der »Freiheit der Person« und dem Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die gemeinsame Gewährleistung beider Grundrechte in einem Absatz einer Grundrechtsnorm, in dem sie sich sogar den Gesetzesvorbehalt teilen (Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG), ist aber auch in der Sache gerechtfertigt: Beide schützen die physischen Voraussetzungen für die Ausübung anderer Freiheitsrechte.¹² Der Besuch von Gottesdiensten (Art. 4 Abs. 1, 2) und Versammlungen (Art. 8 Abs. 1), die Gründung von Vereinen (Art. 9 Abs. 1) und das Erlernen eines Berufs (Art. 12 Abs. 1) setzen eben nicht nur voraus, dass man lebt, sondern auch, dass man sich frei bewegen kann. Das Bundesverfassungsgericht sieht daher in der Freiheit der Person die »Basis der allgemeinen Rechtsstellung und Entfaltungsmöglichkeiten des Bürgers«¹³, und auch im Schrifttum wird sie verbreitet als »grundrechtliche Basis des Freiheitsschutzes«¹⁴ interpretiert.

Die historischen Wurzeln der »Freiheit der Person« in der Habeas-Corpus-Garantie könnten allerdings zu der Annahme verleiten, dass das Grundrecht nur vor physischen Beeinträchtigungen schützen soll.¹⁵ Das Verbot, einen bestimmten Ort zu verlassen, wäre daher nur dann als Eingriff zu werten, wenn dieses Verbot – wie typischerweise bei der Haft – mit unmittelbarem Zwang oder dessen Androhung durchgesetzt wird.¹⁶

Im *Ausgangsfall 1* hätte das zur Konsequenz gehabt, dass nicht Art. 2 Abs. 2 S. 2/Art. 104 Abs. 1 GG einschlägig wären, sondern nur die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG). Denn die nächtlichen Ausgangsbeschränkungen sind nicht mit körperlichem Zwang durchgesetzt worden, ein Verstoß zog nach § 73 Abs. 1a Nr. 6 IfSG lediglich ein Bußgeld nach sich. Aus diesem Grunde wurden nächtliche Ausgangsbeschränkungen teilweise nicht als Eingriff in Art. 2 Abs. 2 S. 2/Art. 104 Abs. 1 S. 1

GG angesehen.¹⁷ Bei der Pflicht zur Absonderung (*Ausgangsfall 2*) ist Entsprechendes, soweit ersichtlich, zwar nicht vertreten worden. Da auch hier bei Verstößen nur ein Bußgeld verhängt werden konnte, läge es aber in der Konsequenz dieser Auffassung, auch hier einen Eingriff in Art. 2 Abs. 2 S. 2/Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG abzulehnen.

Die Beschränkung des Schutzgehalts von Art. 2 Abs. 2 S. 2 und Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG auf die Abwehr physischer Beeinträchtigungen mag zwar der historischen Funktion der Habeas-Corpus-Garantie entsprechen. Aber mit der eigenständigen Gewährleistung von Leben und körperlicher Unversehrtheit in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG hat sich diese enge Interpretation des Schutzbereichs erledigt. Die mit körperlicher Gewalt bewirkte Beeinträchtigung der Bewegungsfreiheit ist danach jedenfalls auch ein Eingriff in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, was die Frage aufwerfen würde, welche eigenständige Funktion Art. 2 Abs. 2 S. 2/Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG neben dieser Gewährleistung noch haben sollten. Der Rechtsstaat setzt seine Gebote anders als der mittelalterliche Staat vorwiegend nicht durch körperliche Gewalt, sondern durch subtilere Mittel wie beispielsweise die elektronische Aufenthaltsüberwachung,¹⁸ durch, mit der er die gleichen Ziele verfolgt und Wirkungen erzielt wie mit körperlicher Gewalt. Daher darf das geschützte Verhalten nicht aus den Eingriffsformen abgeleitet werden: Der Schutzbereich des Grundrechts umfasst die Bewegungsfreiheit als solche, nicht lediglich einen modalen Schutz gegen eine bestimmte Art und Weise der Beeinträchtigung dieser Freiheit.¹⁹

Im *Ausgangsfall 1* hat das Bundesverfassungsgericht daher in den gesetzlich angeordneten nächtlichen Ausgangsbeschränkungen einen Eingriff in Art. 2 Abs. 2 S. 2/Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG gesehen. Allerdings fordert es eine »Zwangswirkung, die nach Art und Ausmaß einem unmittelbar wirkenden physischen Zwang vergleichbar ist«, die zwar durch die Androhung einer Freiheitsstrafe, nicht aber allein durch eine Bußgeldandrohung ausgelöst werde.²⁰ Das Bundesverfassungsgericht geht offenbar davon aus, dass für die Vergleichbarkeit mit der physischen Zwangswirkung eine bestimmte »Schwelle zum Eingriff«²¹ überschritten sein müsse. Das sei bei den Ausgangs-

11 BVerfGE 18, 112 (117).

12 Kuch JöR 2018, 205 (221 ff.); ferner etwa Dürig/Herzog/Scholz/Di Fabio Grundgesetz. Kommentar, Art. 2 Abs. 2 S. 2 [2009] Rn. 2.

13 BVerfGE 36, 264 (269); vgl. auch BVerfGE 109, 133 (157): »Grundlage und Voraussetzung der Entfaltungsmöglichkeiten des Bürgers«.

14 Kahl/Waldhoff/Walter/ Lorenz Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 2 Abs. 2 S. 2 [2015] Rn. 674; ferner etwa Stern/Sodan/Möstl/Germelmann Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund Bd. IV, 2. Aufl. 2022, § 114 Rn. 1: »zentrales Menschheitsbedürfnis«.

15 Vgl. zum Folgenden Kingreen/Poscher Grundrechte. Staatsrecht II, 38. Aufl. 2022, Rn. 596.

16 So die früher h. M., vgl. etwa Dreier/Schulze-Fielitz Grundgesetz. Kommentar Bd. 1, 3. Aufl. 2015, Art. 2 Abs. 2 Rn. 104.

17 So vor der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts explizit BayVerfGH Entsch. v. 09.02.2021, 6-VII-20, Rn. 64.; ferner etwa OVG Lüneburg Beschl. v. 06.04.2021, 13 ME 166/21, Rn. 37.

18 BVerfG 159, 223 Rn. 222.

19 Sachs/Rixen Grundgesetz. Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 2 Rn. 231; vgl. auch Bumke/Voßkuhle Casebook Verfassungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rn. 437.

20 BVerfGE 159, 223 Rn. 247.

21 BVerfGE 159, 223 Rn. 249.

beschränkungen der Fall, denn von diesen sei »ein psychisch vermittelter Zwang« ausgegangen, »sie einzuhalten und von der Fortbewegungsfreiheit keinen Gebrauch zu machen«²² – was allerdings die Frage aufwirft, von was anderem als der (angeblich nicht ausreichenden) Bußgeldandrohung dieser Zwang denn ausgegangen sein soll. – Im *Ausgangsfall 2* kann man mit entsprechender Argumentation in der Anordnung der Quarantäne einen Eingriff in Art. 2 Abs. 2 S. 2/Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG sehen, denn noch mehr als eine allgemeine gesetzliche Regelung löst eine personalisierte Anordnung mit Sanktionsandrohung bei ihrem Adressaten psychischen Druck dahingehend aus, ihr Folge zu leisten.²³

Mit der Einschränkung, dass die psychische einer physischen Zwangswirkung nach Art und Ausmaß entsprechen müsse, möchte das Bundesverfassungsgericht verhindern, dass Art. 2 Abs. 2 S. 2/Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG »zu einer Art Übergrundrecht«²⁴ wird. Das ist ohne Zweifel ein berechtigtes Anliegen, denn ohne eine Eingrenzung wäre jede staatlich angeordnete, mit körperlicher Bewegung verbundene Verhaltenspflicht (wie etwa die Schul- und die Wehrpflicht oder die Pflicht, nach einem Verkehrsunfall an der Unfallstelle zu verbleiben²⁵) ein Eingriff in die Freiheit der Person. Art. 2 Abs. 2 S. 2 und Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG schützen die körperliche Bewegungsfreiheit, aber nicht die Freiheit von jeglicher Handlungspflicht.²⁶ Allerdings ist eine Abgrenzung nach der Art und Weise der Sanktionsandrohung wenig geeignet, die Entgrenzung zu einer allgemeinen Mobilitätsgarantie zu verhindern. Die Androhung eines Bußgelds von 500 € für den Fall, dass man die eigenen vier Wände verlässt, hat für den Grundsicherungsempfänger eine andere Zwangswirkung als für den Millionär – davon kann aber die Vermessung des Schutzbereichs nicht abhängig sein.²⁷

Wichtiger ist ein anderer, vom Bundesverfassungsgericht aufgerufener Aspekt: Die nächtlichen Ausgangsbeschränkungen wurden auch deshalb als Eingriff ange-

sehen, weil »das verbotene Verhalten selbst einen klaren Bezug zur Fortbewegungsfreiheit« aufgewiesen habe.²⁸ Maßgeblich sollte daher sein, ob sich eine Maßnahme spezifisch auf die körperliche Bewegungsfreiheit bezieht oder ob die Einschränkungen der Mobilität nur notwendige Konsequenz der Verfolgung eines anderen, primären Zwecks sind.²⁹ So soll die Schulpflicht nicht die Mobilität der Schüler beschränken, sondern Bildung gewährleisten, und das Gebot, am Unfallort zu verbleiben, soll nicht die Fortbewegung der Autofahrerin unterbinden, sondern dient der Beweissicherung. Dass man sich während der Schulzeit oder während des Aufenthalts am Unfallort nicht an anderen Orten aufhalten kann, beeinträchtigt daher nicht die Freiheit der Person, sondern allenfalls die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG). Auch marginale Beschränkungen der Mobilität wie einen polizeirechtlichen Platzverweis³⁰ sowie ein kurzfristiges Festhalten, z. B. zum Zwecke von Verkehrskontrollen oder der Personalienfeststellung durch die Polizei, wird man nicht als Eingriff in die Freiheit der Person ansehen können.³¹

Anders ist es hingegen, wenn Mobilität beschränkt wird, um Rechtspflichten durchzusetzen, etwa bei der zwangsweisen Vorführung bei der Polizeidienststelle oder beim Amtsarzt³² sowie der Zwangshaft. Ferner ist etwa die betreuungsrechtliche Unterbringung, die dem Schutz der Betroffenen dient, ein Eingriff in Art. 2 Abs. 2 S. 2/Art. 104 Abs. 1 GG. Auch allgemeine Ausgangsbeschränkungen, die einige Bundesländer in der ersten Phase der Pandemie verhängt haben, können wegen ihres Bezugs zur Fortbewegungsfreiheit Eingriffe sein. Wenn allerdings – wie das in der Rechtspraxis der Fall war – der Ausgang auch und gerade zum Zwecke der körperlichen Bewegung gestattet ist, wird die Mobilität faktisch nicht beschränkt, weshalb ein Eingriff zu verneinen ist.³³

22 BVerfGE 159, 223 Rn. 247.

23 Im Ergebnis auch Kießling/Kießling Infektionsschutzgesetz. Kommentar, 3. Aufl. 2022, § 30 Rn. 29; Merdian DÖV 2022, 627 (628); Stach NJW 2021, 10 (10 f.).

24 BVerfGE 159, 223 Rn. 248.

25 Daher für eine Ausgrenzung dieser allgemeinen Rechtspflichten aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 und Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG Brunner JURA 2020, 1327 (1331); Sachs/Rixen Grundgesetz. Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 2 Rn. 233; a. A. etwa Isensee/Kirchhof/Wittreck Handbuch des Staatsrechts Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 151 Rn. 10, 23.

26 Kingreen/Poscher Grundrechte. Staatsrecht II, 38. Aufl. 2022, Rn. 597.

27 Vgl. zur Fragwürdigkeit dieser Unterscheidung im Kontext der Absonderung nach § 30 IfSG noch unten 2. b) aa).

28 BVerfGE 159, 223 Rn. 249.

29 Ähnlich Sachs/Rixen Grundgesetz. Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 2 Rn. 233; krit. etwa Kahl/Waldhoff/Walter/Lorenz Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 2 Abs. 2 S. 2 [2015] Rn. 692.

30 Hufen Staatsrecht II. Grundrechte, 9. Aufl. 2021, § 21 Rn. 8.

31 Brunner JURA 2020, 1327 (1332).

32 Jarass/Pieroth/Jarass Grundgesetz. Kommentar, 17. Aufl. 2022, Art. 2 Rn. 134; Kahl/Waldhoff/Walter/Lorenz Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 2 Abs. 2 S. 2 [2015] Rn. 695; insoweit anders Sachs/Rixen Grundgesetz. Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 2 Rn. 231.

33 Kingreen JURA 2020, 1019 (1023); anders Edenharter VerfBlog 19.03.2020 und wohl auch von Münch/Kunig/Kämmerer/Kämmerer/Kunig Grundgesetz. Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 2 Rn. 132. – Der VGH München Beschl. v. 4.10.2021, 20 N 20.767, Rn. 80 ff. hat die allgemeinen Ausgangsbeschränkungen ohne grundrechtliche Zuordnung für nicht erforderlich und unangemessen erklärt, weil er in Kontaktbeschränkungen ein milderes Mittel sieht.

2. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Die Prüfung der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs besteht wie bei allen Freiheitsrechten aus drei Schritten:³⁴ Zunächst wird die Frage der Eingriffsermächtigung im Grundgesetz, also der Gesetzesvorbehalt, geprüft (dazu aa)). In einem zweiten Schritt werden die weiteren verfassungsrechtlichen Anforderungen an das Gesetz (dazu bb)) behandelt. Schließlich geht es um die Verfassungsmäßigkeit eines aufgrund der gesetzlichen Grundlage ggfs. ergangenen Einzelaktes (cc)).

a) Voraussetzungen des Gesetzesvorbehalts, Art. 2 Abs. 2 S. 3/Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG

aa) Unterscheidung zwischen Parlaments- und Verwaltungsvorbehalt

Nach Art. 2 Abs. 2 S. 3 und Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG sind Eingriffe in die Freiheit der Person »auf Grund eines [förmlichen] Gesetzes« verfassungsrechtlich zulässig. Insoweit sind zwei Fragen auseinanderzuhalten:

Für Eingriffe in die Freiheit der Person gilt wie für Eingriffe in alle Freiheitsrechte der *Parlamentsvorbehalt*.³⁵ Dieser besagt, dass jeder Grundrechtseingriff der Verwaltung auf einer parlamentsgesetzlichen Grundlage beruhen muss, die die für die Grundrechtsausübung wesentlichen Fragen regelt.³⁶ Diese sog. Wesentlichkeitslehre postuliert nicht nur, dass es eines den Grundrechtseingriff deckenden Parlamentsgesetzes bedarf, sondern sie stellt auch Anforderungen an die Regelungsdichte des Gesetzes: Je intensiver die Grundrechte betroffen sind, desto genauer und differenzierter muss das Gesetz sein.³⁷ Das galt und gilt namentlich auch für die durch die Exekutive angeordneten (nächtlichen) Ausgangsbeschränkungen, für die es jedenfalls bis zur Schaffung von § 28a IfSG im November 2020 keine hinreichende Rechtsgrundlage gab.³⁸

Im *Ausgangsfall 1* spielt der Parlamentsvorbehalt keine Rolle, weil die Beschränkung unmittelbar durch Gesetz erfolgt ist. Im *Ausgangsfall 2* ist § 30 Abs. 1 IfSG die den

Parlamentsvorbehalt ausfüllende, grundsätzlich hinreichende Rechtsgrundlage.

Im *Ausgangsfall 1* stellt sich hingegen die Frage eines *Verwaltungsvorbehalts*. Die nächtlichen Ausgangsbeschränkungen wurden nämlich unmittelbar durch die Erfüllung der gesetzlichen Tatbestandsvoraussetzung (Überschreiten eines bestimmten Inzidenzwertes) ausgelöst. Das wirft die Frage auf, ob trotz des Wortlauts der Art. 2 Abs. 2 S. 3 und Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG (»auf Grund«) Eingriffe auch unmittelbar durch Gesetz zulässig sind. Vor der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts war das von der ganz überwiegenden Meinung im rechtswissenschaftlichen Schrifttum³⁹ verneint worden.

bb) »Nichts spricht dafür«: Das Bundesverfassungsgericht zum Verwaltungsvorbehalt

Das Bundesverfassungsgericht erkennt an, dass der Wortlaut der Art. 2 Abs. 2 S. 3 und Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG nahelegen könne, »dass dem parlamentarischen Gesetzgeber Eingriffe in dieses Freiheitsrecht unmittelbar durch Gesetz nicht zugänglich sind.« Zwingend sei »dieses Verständnis des Wortlauts aber nicht«. Das Bundesverfassungsgericht habe »der weitgehend gleichlautenden Schrankenausgestaltung in Art. 10 Abs. 2 S. 1 GG keine solche Bedeutung zugemessen und einen Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG unmittelbar durch Gesetz für damit vereinbar gehalten.«⁴⁰ Die Entstehungsgeschichte sei unergiebig.⁴¹ Tragend ist vielmehr folgende (wohl teleologische) Feststellung: »Nichts spricht dafür, dass Art. 2 Abs. 2 S. 2 und Art. 104 Abs. 1 GG nach ihrem Zweck gegenüber dem Gesetzgeber ein absolutes, uneinschränkbares Recht begründen soll. Wird der Gesetzgeber selbst unmittelbar an dieses Grundrecht gebunden, muss er umgekehrt auch von der vorgesehenen Beschränkungsmöglichkeit Gebrauch machen können.«⁴² Für die juristische Ausbildung, der sich diese Fachzeitschrift verschreibt, ist dieser Begründungsgang durchaus lehrreich – allerdings dahingehend, wie man es besser nicht machen sollte:⁴³

34 Aufbauschema bei Kingreen/Poscher Grundrechte. Staatsrecht II, 38. Aufl. 2022, Rn. 488.

35 Stern/Sodan/Möstl/Germelmann Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund Bd. IV, 2. Aufl. 2022, § 114 Rn. 36.

36 BVerfGE 61, 260 (275); BVerfGE 88, 103 (116).

37 Vgl. BVerfGE 49, 168 (181); BVerfGE 59, 104 (114); BVerfGE 86, 288 (311).

38 Dazu m.w.N. Huster/Kingreen/Kingreen Handbuch des Infektionsschutzrechts, 2. Aufl. 2022, Kap. 1 Rn. 135.

39 Vgl. die Nachweise bei Kingreen/Poscher Grundrechte. Staatsrecht II, 38. Aufl. 2022, Rn. 603 Fn. 25.

40 BVerfGE 159, 223 Rn. 269 mit folgendem Zitat: »(vgl. BVerfGE 125, 260 [313])«.

41 BVerfGE 159, 223 Rn. 270.

42 BVerfGE 159, 223 Rn. 272.

43 Treffend zum Folgenden namentlich Lepsius Ito 03.12.2021 und Wißgott VerfBlog 02.12.2021.

Erstens: Die Frage ist im Schrifttum umstritten, die ganz überwiegende Meinung hält einen Eingriff »durch Gesetz« für unzulässig.⁴⁴ In der Entscheidung erfolgt aber keine Auseinandersetzung mit den Argumenten dieser Rechtsauffassung; schlimmer noch: Sie wird noch nicht einmal erwähnt.⁴⁵ Hingegen wird an anderer Stelle mit geradezu überbordendem Zitate-Chichi die Gesetzgebungskompetenz des Bundes erklärt,⁴⁶ die indes niemand ernsthaft bestritten hatte. Ohne mit Widerspruch rechnen zu müssen, wird man jedenfalls festhalten dürfen, dass die Qualität rechtswissenschaftlicher Argumentation maßgeblich von der Fähigkeit und Bereitschaft abhängt, Wichtiges von Unwichtigem zu trennen sowie Streitstände zu benennen und transparent aufzuarbeiten.

Zweitens: Der Wortlaut ist, auch im systematischen Abgleich mit anderen Gesetzesvorbehalten (etwa Art. 8 Abs. 2 und 11 Abs. 2 GG), die explizit zwischen Eingriffen »durch Gesetz« und »auf Grund eines Gesetzes« unterscheiden, eindeutig.⁴⁷ Dass diese Interpretation nach Meinung des Senats gleichwohl nicht »zwingend« ist, soll und kann daher auch nicht aus grammatischen Erkenntnissen folgen, sondern aus einer Entscheidung zu Art. 10 Abs. 2 S. 1 GG im 125. Entscheidungsbund. Die Eminenz einer Verweiskette (»Das haben wir doch schon immer so gemacht!«) soll also einen Verstärkereffekt für die getroffene Aussage erzielen und zugleich den Wortlaut des Gesetzesvorbehalts marginalisieren. Kann das gelingen? Das der Quelle im 125. Band der Entscheidungssammlung vorangestellte »vgl.« ist jedenfalls schon einmal ein Indiz dafür,

dass sie die getätigte Aussage allenfalls zum Teil trägt. Es lohnt sich also stets, die mit »vgl.« versehene Quelle im Original nachzulesen. Diese ist hier nicht sehr ergiebig, denn dort heißt es nur: »Art. 10 Abs. 2 Satz 1 GG steht Beschränkungen des Telekommunikationsgeheimnisses auch unmittelbar durch Gesetz nicht entgegen.«⁴⁸ Die Quelle belegt also nur, dass das Bundesverfassungsgericht schon einmal einen Gesetzesvorbehalt entgegen seinem Wortlaut ausgelegt hat, enthält aber keine Begründung, warum die überwiegend vertretene Wortlautinterpretation nicht »zwingend« ist. Auch wird nicht diskutiert, ob das zu Art. 10 Abs. 2 S. 1 GG Behauptete ohne weiteres auf Art. 2 Abs. 2 S. 3/Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG übertragen werden kann. Verfolgen wir also die Eminenz verheißende Verweiskette weiter. Das Bundesverfassungsgericht verweist nämlich in seiner Entscheidung zu Art. 10 Abs. 2 S. 1 GG auf eine noch frühere Entscheidung im 85. Band der Entscheidungssammlung.⁴⁹ Das Zitat ist zwar ebenfalls mit dem methodisch latent verdächtigen »vgl.« versehen, und zudem schleppt die zitierte Seite noch ein »ff.« mit, womit im Ungefähren bleibt, auf welche Aussage eigentlich Bezug genommen wird. Dennoch könnte das die Hoffnung nähren, dass am Ende der Zitate-Schnitzeljagd doch noch die Erkenntnis wartet, warum das Verständnis des Wortlauts von Art. 2 Abs. 2 S. 3/Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG nicht »zwingend« ist. Das ist aber nicht der Fall: Der Beschluss im 85. Band der Entscheidungssammlung befasst sich überhaupt nicht mit einem Eingriff durch ein Gesetz, sondern durch die frühere, als Behörde organisierte Bundespost. Problematisch war dort also nicht, ob ein Eingriff unmittelbar durch Gesetz zulässig war, sondern just im Gegenteil, dass es gar keine gesetzliche Grundlage für diesen Eingriff gab!⁵⁰ Es ging also um den Parlaments-, nicht um den Verwaltungsvorbehalt.

Drittens: Die Behauptung des Bundesverfassungsgerichts, »Nichts« spreche dafür, dass Art. 2 Abs. 2 S. 3 und Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG Eingriffe durch Gesetz ausschließen wolle, ist schon im Ansatz recht forsch: Ist der Wortlaut »Nichts«? Ist auch die überwiegende Ansicht im Schrifttum »Nichts«? Solche Aussagen mit affirmativem »Behauptungspathos« (Stephan Rixen) indizieren meist, dass die Dinge etwa weniger klar sind als es die selbstbewusste Formulierung suggeriert. Den Beweis für diese Vermutung führt das letzte, vom Senat aufgefahrene Argument: Weil der Gesetzgeber an das Grundrecht gebunden sei, müsse

44 S. Fn. 38.

45 Treffend Schwarz NVwZ-Beilage 2022, 3 (5) mit dem »Eindruck, diese (Fach-)diskussionen seien an dem Gericht spurlos vorübergezogen. Nahezu keine der konträren Meinungen wird reflektiert, keine im wissenschaftlichen Schrifttum geäußerten Bedenken werden argumentativ behandelt – das Gericht greift selbstreferentiell auf eigene Erwägungen zurück, die aber für die verfassungsrechtliche Beurteilung der Herausforderungen durch die Corona-Pandemie wenig ergiebig sind oder bisweilen schlichtweg irreführend sind.«

46 Der Senat verwendet auf diese Selbstverständlichkeit 17 Randnummern (BVerfGE 159, 223 Rn. 117–133), auf die umstrittene Frage des Gesetzesvorbehalts hingehen nur sieben, von denen zwei aus jeweils nur einem Satz bestehen (Rn. 267–273).

47 Degenhart NJW 2022, 123 (124). – Im Schrifttum wird noch versucht, sich der Eindeutigkeit des Wortlauts mit der Vermutung zu entziehen, der Parlamentarische Rat habe sich keine genaueren Gedanken über die Frage des Verwaltungsvorbehalts gemacht (so etwa Stern/Sodan/Mörtl/Guckelberger Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund Bd. III, 2. Aufl. 2022, § 83 Rn. 42). Rechtsstaatlich und methodisch ist es aber bedenklich, wenn mit einer nicht belegten Behauptung über vermeintliche Überlegungen im Parlamentarischen Rat ein nach seinem Wortlaut eindeutiger Normbefehl relativiert wird.

48 BVerfGE 125, 260 (313).

49 BVerfGE 125, 260 (313) zitiert: »(vgl. BVerfGE 85, 386 [396 ff.])«.

50 BVerfGE 85, 386 (400).

er es auch beschränken können. Methodisch ist das eine *petitio principii*, also ein klassischer Zirkelbeweis, der das Behauptete bereits als wahr unterstellt: »Dass auch Gesetze, die keinen Umsetzungsakt vorsehen, die Freiheit der Person beschränken können, bedeutet nicht, dass sie auch zulässig sein müssen. Art. 104 Abs. 1 GG könnte eben gerade solche Gesetze ausschließen wollen, was er nicht könnte, wenn in ihnen kein Eingriff läge.«⁵¹ Selbst zum eigenen Argumentationsgang passt »Nichts« nicht, denn der Senat konzidiert, Art. 2 Abs. 2 S. 3 und Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG liege »an sich ein erkennbar auf den administrativen Vollzug freiheitsbeschränkender Maßnahmen und die hierbei zu wahrenden legislativen und judikativen Vorgaben ausgerichtetes Normprogramm zugrunde.«⁵² Liegt Art. 10 GG auch ein solches Normprogramm zugrunde? Wenn nicht: Kann man dann die dort ja ohnehin nur behauptete Zulässigkeit eines selbstvollziehenden Gesetzes auf diese Grundrechte übertragen? Das ist genau der entscheidende Punkt: »Der Schutz, den Art. 104 GG vor Freiheitsbeschränkungen und -entziehungen gewährleistet, ist vor allem verfahrensrechtlicher Natur, und das Medium dieses Schutzes ist die Funktionsteilung zwischen den drei Gewalten. Wären gesetzesunmittelbare Eingriffe zulässig, verlöre die Bindung der Verwaltung an die im Gesetz vorgeschriebenen Formen (Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG) ihren Sinn und hätte es der Gesetzgeber in der Hand, den in Art. 104 Abs. 2 und 3 GG normierten Richtervorbehalt und die Benachrichtigungspflicht nach Art. 104 Abs. 4 GG auszuhebeln, für die die exekutive Anordnung einer Freiheitsentziehung jeweils konstitutiv sind.«⁵³

Beispiel: Wie wichtig die situationsangepasste Feinsteuerung durch die Exekutive ist, zeigt das Beispiel der zum Landkreis Pinneberg gehörenden Insel Helgoland. Bis zum Inkrafttreten von § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG waren für den Erlass von nächtlichen Ausgangsbeschränkungen auch bei einem Inzidenzwert über 100 die Landesbehörden zuständig. Der Landkreis Pinneberg hatte in einer Allgemeinverfügung eine solche Ausgangsbeschränkung erlassen, davon aber die Insel Helgoland ausgenommen: »Die Ausnahmen für die Insel Helgoland begründen sich in dem Infektionsgeschehen vor Ort, der isolierten geografischen Lage und dem grundsätzlichen Betretungsverbot, das ein Eintragen des Coronavirus verhindern soll.«⁵⁴ Diese Ausnahme war nach Inkrafttreten von § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG nicht

mehr möglich, denn die landkreisbezogene Ausgangsbeschränkung galt kraft des allgemeinen Gesetzes, das keine Differenzierungen durch die Behörden vor Ort mehr erforderlich und möglich machte. Auch auf Helgoland galten nun nächtliche Ausgangsbeschränkungen, obwohl es dort keinen einzigen dokumentierten Fall gab.

b) Verfassungsmäßigkeit des zum Eingriff ermächtigenden Gesetzes

Das zum Eingriff ermächtigende Gesetz muss auch im Übrigen (d.h. neben der Prüfung der Voraussetzungen des Gesetzesvorbehalts) verfassungsgemäß sein. Im Kontext der Ausgangsfälle ist ein besonderes Augenmerk auf den bei Freiheitsentziehungen geltenden Richtervorbehalt (Art. 104 Abs. 2 GG, s. aa)) und die Verhältnismäßigkeit von Eingriffen in die Freiheit der Person (dazu bb)) zu richten:

aa) Der Richtervorbehalt bei Freiheitsentziehungen

Art. 104 GG unterscheidet zwischen Freiheitsbeschränkungen und Freiheitsentziehungen: Während die Voraussetzungen des Absatzes 1 auch für Freiheitsbeschränkungen gelten, sind für Freiheitsentziehungen zusätzlich die Anforderungen der Absätze 2 und 4 maßgebend. Dazu zählt namentlich der allgemeine Richtervorbehalt in Art. 104 Abs. 2 GG, den Art. 104 Abs. 3 GG für den Fall noch weiter ausformt, dass der Verdacht einer strafbaren Handlung im Raum steht. Jeweils gilt, dass vor der richterlichen Entscheidung ein Angehöriger des Festgehaltenen oder eine Person seines Vertrauens hinzuziehen ist (Art. 104 Abs. 4 GG). Diese Anforderungen gelten nicht nur für die richterliche Entscheidung selbst (also den Einzelakt⁵⁵), sondern schon für das Parlamentsgesetz, das zur Freiheitsentziehung ermächtigt.

In beiden *Ausgangsfällen* lässt sich die Frage aufwerfen, ob es einer richterlichen Entscheidung bedarf. Zu prüfen ist also, ob nächtliche Ausgangsbeschränkungen und/oder die Anordnung der Quarantäne eine Freiheitsentziehung darstellt.

Die Abgrenzung zwischen Freiheitsbeschränkungen und Freiheitsentziehungen richtet sich nach der Eingriffsintensität und Eingriffsdauer.⁵⁶ Das Bundesverfassungs-

⁵¹ So treffend Huster/Kingreen/Poscher Handbuch des Infektionsschutzrechts, 2. Aufl. 2022, Kap. 4 Rn. 140.

⁵² BVerfGE 159, 223 Rn. 271.

⁵³ Kingreen/Poscher Grundrechte. Staatsrecht II, 38. Aufl. 2022, Rn. 603.

⁵⁴ Allgemeinverfügung des Landkreises Pinneberg, s. <https://www.ndr.de/nachrichten/schleswig-holstein/coronavirus/Helgoland-Corona-frei-Ausgangssperre-gilt-trotzdem,helgoland1162.html>.

⁵⁵ Dazu unten c).

⁵⁶ Vgl. die Aufarbeitung durch Merdian DÖV 2022, 627; ferner etwa Stern/Sodan/Möstl/Germelmann Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund Bd. IV, 2. Aufl. 2022, § 114 Rn. 33f.

gericht sieht eine Freiheitsentziehung als gegeben an, »wenn die Bewegungsfreiheit nach jeder Richtung hin aufgehoben wird, was eine besondere Eingriffsintensität und grundsätzlich eine nicht nur kurzfristige Dauer der Maßnahme voraussetzt.«⁵⁷ Daran gemessen sind jedenfalls die Straftat und die Inhaftierung zur Durchsetzung von Rechtspflichten Freiheitsentziehungen, insbesondere also der in den Polizeigesetzen vorgesehene Gewahrsam.⁵⁸ Entsprechendes gilt für Maßnahmen, die – wie die betreuungsrechtliche Unterbringung, die jugendhilferechtliche Inobhutnahme und die Sicherungsverwahrung – dem Schutz vor Selbst- und Fremdgefährdung dienen.⁵⁹ Da die Kriterien der Eingriffsintensität und Eingriffsdauer volatil sind, ist die Abgrenzung im Einzelfall schwierig. Beispielsweise sieht das Bundesverfassungsgericht Fixierungen im Rahmen der öffentlich-rechtlichen Unterbringung grundsätzlich als Freiheitsentziehung an, weil die Fortbewegungsfreiheit vollständig aufgehoben werde und der Betroffene dem Geschehen hilflos und ohnmächtig ausgeliefert sei – warum dann aber anderes gelten soll, wenn die Maßnahme nicht länger als 30 Minuten dauert,⁶⁰ erschließt sich bei dieser Eingriffsintensität nicht. Überhaupt ist die Eingriffsdauer ein schwieriges Kriterium,⁶¹ wenn sich nicht absehen lässt, wie lange eine Einschränkung der Bewegungsfreiheit dauern wird. Die Zulassung einer retrospektiven Betrachtung würde indes dazu führen, dass eine richterliche Entscheidung stets erst nach Abschluss der Maßnahme eingeholt wird, wenn die Freiheit länger als prospektiv erwartet entzogen wurde. Damit würde die prozedurale Schutzfunktion des Richtervorbehalts erheblich entwertet. Das spricht nicht generell gegen die Berücksichtigung der Eingriffsdauer bei der Bemessung der Eingriffsintensität; sie sollte aber nicht das entscheidende Kriterium für die Abgrenzung sein.

Im *Ausgangsfall 1* hat das Bundesverfassungsgericht in den nächtlichen Ausgangsbeschränkungen eine Freiheitsbeschränkung, aber keine Freiheitsentziehung gesehen, weil die Beschränkung tageszeitlich begrenzt gewesen und Zeiten regelmäßig geringer Mobilität betroffen habe. Auch sei kein bestimmter Ort des Aufenthalts vorgegeben gewesen und sei das Eingriffsgewicht durch die Ausnahmever-schriften erheblich gemindert worden.⁶² Diese Argumenta-

tion überzeugt nur zum Teil: Dass es nachts allgemein weniger Mobilität gibt, kann für den individuellen Grundrechtsschutz nicht entscheidend sein;⁶³ anderenfalls wäre auch die auf eine Nacht beschränkte Untersuchungshaft keine Freiheitsentziehung. Entscheidend ist der fehlende Ortsbezug der nächtlichen Ausgangsbeschränkungen, die zwar den Aufenthalt im Freien verboten haben, aber nicht den Raum definiert haben, in dem man sich aufzuhalten hat. Es handelt sich daher um Freiheitsbeschränkungen, aber nicht um Freiheitsentziehungen, so dass es keiner richterlichen Entscheidung bedarf.

Im *Ausgangsfall 2* ist die Frage, ob die Anordnung einer Quarantäne (§ 30 Abs. 1 IfSG) eine Freiheitsentziehung darstellt, umstritten. Teilweise wird in Anlehnung an die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu den nächtlichen Ausgangsbeschränkungen die Auffassung vertreten, dass keine Freiheitsentziehung vorliege, weil ein Verstoß gegen die Pflicht zur Absonderung nur ein Bußgeld nach sich ziehe und im Übrigen ohnehin kein großer Sanktionsdruck bestehe, weil die Einhaltung der Quarantäne von der Polizei gar nicht kontrolliert werden könne.⁶⁴ Dieser Hinweis auf die fehlende Kontrollmöglichkeit ist schon rechtsstaatlich bedenklich: Letztlich wird behauptet, dass die Beeinträchtigung der Freiheit der Person wegen der Möglichkeit von Rechtsverstößen nicht die Intensitätsschwelle zur Freiheitsentziehung überschreite. Im Übrigen zeigt gerade das Beispiel der Quarantäne, dass die Art und Weise der Sanktion (Bußgeld oder Strafe) nicht über die Intensität des Eingriffs entscheiden kann. Selbst bei einer Strafbewährung der Quarantäne würde zumindest ein nicht vorbestrafter Betroffener ja tendenziell zunächst nur mit einer Geld- und nicht etwa mit einer Freiheitsstrafe rechnen müssen, also ebenso wie bei einer Ordnungswidrigkeit mit einer finanziellen Sanktion. Ob es sich dabei dann um ein Bußgeld oder eine Geldstrafe handelt, ist für die psychische Zwangswirkung unerheblich. Bei dieser Argumentation gerät zudem ein entscheidender Unterschied zwischen der Absonderung und den nächtlichen Ausgangsbeschränkungen außer Betracht. Die Absonderungspflicht hat einen erheblichen Ortsbezug, weil der

57 BVerfGE 159, 223 Rn. 250.

58 Kingreen/Poscher Polizei- und Ordnungsrecht, 12. Aufl. 2022, § 16 Rn. 2.

59 Vgl. die Systematisierung bei Isensee/Kirchhof/Wittreck Handbuch des Staatsrechts Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 151 Rn. 19.

60 So BVerfGE 149, 293 Rn. 69 ff.

61 Anders etwa Merdian DÖV 2022, 627 (631 ff.).

62 BVerfGE 159, 223 Rn. 250.

63 Zu dieser Frage im Kontext des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes noch näher unten bb).

64 So Merdian DÖV 2022, 627 (644); ferner etwa OLG Oldenburg NVwZ-RR 2022, 631 Rn. 3, allerdings mit der zu pauschalen und nur für die Frage des Anwendungsbereichs des Grundrechts relevanten Annahme, dass die durch die Sanktionsandrohung ausgeübte psychische Zwangswirkung nach Ausmaß und Wirkungsweise nicht mit einem tatsächlichen unmittelbaren physischen Zwang auf eine Stufe gestellt werden könne.

Raum anders als bei nächtlichen Ausgangsbeschränkungen nicht jeden Tag wieder gewechselt werden kann. Nächtliche Ausgangsbeschränkungen sind auch deshalb keine Freiheitsentziehungen, weil sie nur ein knappes Drittel eines Tages betreffen und in der übrigen Zeit umfassende Fortbewegungsfreiheit besteht. Die Pflicht zur Absonderung beinhaltet hingegen die Maßgabe, tagelang in dem Raum zu bleiben, der zu Beginn der Absonderung gewählt wurde oder an dem die Infektion festgestellt wurde (und damit an einem zufälligen, nicht unbedingt frei gewählten Ort). Im *Ausgangsfall 2* betrug dieser Zeitraum sieben Tage, zwischenzeitlich hat er aber sogar 14 Tage betragen. Gegen die Einordnung als Freiheitsentziehung spricht auch nicht, dass diese nicht ausnahmslos gilt und z. B. für einen dringenden Arztbesuch unterbrochen werden kann. Denn das gilt für Häftlinge gleichermaßen, ohne dass das etwas an der Einordnung der Haft als Freiheitsentziehung ändern würde. Deshalb ist mit der wohl überwiegenden Ansicht davon auszugehen, dass die Anordnung der Absonderung nach § 30 IfSG eine Freiheitsentziehung darstellt.⁶⁵ Weil § 30 Abs. 1 IfSG aber den nach Art. 104 Abs. 2–4 GG erforderlichen Richtervorbehalt nicht enthält, ist er verfassungswidrig. Daher ist die Anordnung der Quarantäne gegenüber S schon aus diesem Grunde rechtswidrig.

bb) Schranken-Schranken

(1) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Für Freiheitsbeschränkungen und insbesondere für Freiheitsentziehungen gelten strenge Verhältnismäßigkeitsanforderungen, die allerdings meist (so auch im *Ausgangsfall 2*) erst auf der Ebene des Einzelakts zum Tragen kommen.

Im *Ausgangsfall 1* ist die Verhältnismäßigkeit der nächtlichen Ausgangsbeschränkungen allerdings bereits auf dieser Prüfungsstufe anzusprechen, weil diese ohne weiteren Vollzugsakt unmittelbar aus dem Gesetz folgen; der dritte Prüfungsschritt entfällt daher. Das Bundesverfassungsgericht hat die nächtlichen Ausgangsbeschränkungen für verhältnismäßig erachtet. Dabei räumt es »mit perfekter dogmatischer Artistik nahezu alles ab, was dem Gesetzgeber das Leben schwer machen könn-

te«⁶⁶: *Erstens* wird dem Gesetzgeber wegen der tatsächlichen Unsicherheiten über die pandemische Entwicklung und die Wirksamkeit der Schutzmaßnahmen sowie wegen seiner besonderen demokratischen Legitimation⁶⁷ ein extrem weiter Einschätzungsspielraum zugestanden. Der Gesetzgeber halte sich innerhalb des ihm zustehenden Einschätzungsspielraums, wenn »nicht ersichtlich« sei, »dass die Beschränkungen die Erreichung der Gesetzeszwecke in keiner Weise fördern oder sich sogar gegenläufig auswirken könnten.«⁶⁸ An einem solchen Maßstab wird »kaum eine Maßnahme scheitern.«⁶⁹ *Zweitens* entwertet das Bundesverfassungsgericht vor allem die Angemessenheitsprüfung, indem es sich auf die Bewertung eines Gesamtschutzkonzepts zurückzieht. Es meint, dass es die Gemeinwohlbedeutung der Ausgangsbeschränkungen »nur in ihrem Zusammenwirken« mit weiteren Maßnahmen bewerten könne.⁷⁰ Die Ausgangsbeschränkungen werden nicht auf bestimmte Effekte bezogen, weil sie zu einem »Gesamtschutzpaket« gehören und daher nicht isoliert betrachtet werden dürfen.⁷¹ Sie müssen sich daher nicht gesondert rechtfertigen, wenn das Gesamtschutzkonzept funktioniert. Dabei wäre die Überprüfung des Effekts eines Verbots, sich im Freien aufzuhalten und damit ein Virus zu bekämpfen, das sich vor allem in Innenräumen überträgt, ja nicht ganz abwegig gewesen. Für den Senat reicht es aber aus, dass die Ausgangsbeschränkungen »nicht offensichtlich wirkungslos oder gar kontraproduktiv« gewesen seien.⁷² Ohnehin seien sie ja in ein Zeitfenster (22 Uhr abends – bis 5 Uhr morgens) gefallen, in dem »Aktivitäten außerhalb einer Wohnung oder Unterkunft für die meisten Menschen quantitativ geringere Bedeutung haben.«⁷³ Solche privatsociologischen Betrachtungen über das Alltagsverhalten der bürgerlichen Mehrheitsgesellschaft möchte man ungern auf andere Freiheitsrechte übertragen: Soll man die Versammlungsfreiheit einschränken können, weil die meisten Bürger:innen ohnehin noch nie auf einer Demonstration waren? Für eine solche Argumentati-

⁶⁵ Kießling/Kießling Infektionsschutzgesetz. Kommentar, 3. Aufl. 2022, § 30 Rn. 29; Kluckert/Kluckert Das neue Infektionsschutzrecht, 2. Aufl. 2021, § 2 Rn. 214; Huster/Kingreen/Poscher Handbuch des Infektionsschutzrechts, 2. Aufl. 2022, Kap. 4 Rn. 140; Stach NJW 2021, 10 (10 f.); vgl. schon Schenke DVBl 1988, 165 (170).

⁶⁶ Formulierung bei Rixe: VerfBlog 25. 5. 2022, allerdings bezogen auf die Entscheidung zur einrichtungsbezogenen Impfpflicht, die er als Fortsetzung der in der Bundesnotbremse-Entscheidung erfolgten »Neuausrichtung der Verhältnismäßigkeit« begreift.

⁶⁷ So BVerfGE 159, 223 Rn. 171.

⁶⁸ BVerfGE 159, 223 Rn. 288.

⁶⁹ Rhein-Fischer/Nußberger EuGRZ 2022, 184 (195).

⁷⁰ BVerfGE 159, 223 Rn. 290. Deziert a. A. Mangold VVDStRL 80 (2021), 7 (20); ihr folgend Rhein-Fischer/Nußberger EuGRZ 2022, 184 (193 f.).

⁷¹ Lepsius Ito 03.12.2021.

⁷² BVerfGE 159, 223 Rn. 279.

⁷³ BVerfGE 159, 223 Rn. 301.

on musste sich der Senat die Rüge der »Rechtsschutzverweigerung«⁷⁴ einfangen.

(2) Zitiergebot

Im *Ausgangsfall 2* steht hingegen nicht die generelle Verhältnismäßigkeit der Absonderung in Frage, sondern die Beachtung des in Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG normierten Zitiergebots. Danach muss ein Gesetz, das ein Grundrecht einschränkt oder zu seiner Einschränkung ermächtigt, dieses Grundrecht unter Angabe des Artikels nennen.

Das Zitiergebot soll für die Gesetzgebung eine Warn- und Besinnungsfunktion haben; der Gesetzgeber soll sich darüber im Klaren sein, in welche Grundrechte er eingreift und dieses Bewusstsein durch die Nennung des eingeschränkten Grundrechts dokumentieren.⁷⁵ Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG gilt dabei jedenfalls für alle Grundrechte, die – wie Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG – explizit »durch oder aufgrund eines Gesetzes« beschränkbar sind.⁷⁶

Die einschlägige Rechtsgrundlage für die Absonderung im *Ausgangsfall 2* ist § 30 Abs. 1 IfSG, der allerdings Art. 2 Abs. 2 S. 2/Art. 104 Abs. 1 GG nicht zitiert. Das liegt daran, dass der Gesetzgeber bis zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu den nächtlichen Ausgangsbeschränkungen davon ausgegangen war, dass nicht die Anordnung der Quarantäne nach § 30 Abs. 1 IfSG, sondern erst die zwangsweise Unterbringung nach § 30 Abs. 2 S. 1 IfSG in die Freiheit der Person eingreift; dementsprechend wird Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG in § 30 Abs. 2 S. 2 IfSG zitiert, der aber aus systematischen Gründen nicht für die Anordnung nach § 30 Abs. 1 S. 1 IfSG gilt. Es wäre zwar denkbar, das Zitat von Art. 2 Abs. 2 S. 2 IfSG in § 28 Abs. 1 S. 4 IfSG auch auf die Anordnung der Absonderung nach § 30 Abs. 1 IfSG zu beziehen, denn die Absonderung ist eine »notwendige [...] Schutzmaßnahme« i. S. v. § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG. Aber das eingeschränkte Grundrecht muss nach Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG gerade in dem einschränkenden Gesetz genannt werden und nicht irgendwo anders. Wäre § 28 Abs. 1 S. 4 IfSG ein Blankozitat für alle Schutzmaßnahmen, wäre zudem nicht verständlich, warum Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG in § 30 Abs. 2 S. 2 IfSG nochmals eigens zitiert wird.

§ 30 Abs. 1 IfSG ist daher wegen Verstoßes gegen Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG verfassungswidrig.⁷⁷ Damit entfällt auch die Rechtsgrundlage für die Absonderung im *Ausgangsfall 2*.

c) Verfassungsmäßigkeit eines Einzelaktes

Prüfungsmaßstab für das Bundesverfassungsgericht ist grundsätzlich nur das Grundgesetz und damit insbesondere nicht das einfache Recht.⁷⁸ Für die Prüfung der Rechtfertigung der Freiheit der Person besteht aber eine Besonderheit: Beeinträchtigungen der Freiheit der Person dürfen nach Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG nur unter Beachtung der Formen ergehen, die im förmlichen Gesetz vorgesehen sind. Die Beachtung einfach-rechtlicher Vorschriften über die formelle Rechtmäßigkeit (Zuständigkeit, das Verfahren und die Form) wird also zum verfassungsrechtlichen Gebot und zum verfassungsrechtlichen Maßstab auch für das Bundesverfassungsgericht.

Wenn also im *Ausgangsfall 2* § 30 IfSG einen Richter vorbehalt enthielte, dieser aber nicht beachtet worden wäre, so läge darin nicht nur ein Verstoß gegen § 30 IfSG, sondern auch gegen Art. 104 Abs. 2–4 GG.

Im Übrigen bedarf es hier der Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Einzelmaßnahme. Der Prüfungsmaßstab ist insbesondere bei Freiheitsentziehungen sehr streng und bereichsspezifisch ausdifferenziert. So hat das Bundesverfassungsgericht etwa besondere Anforderungen an die Ausgestaltung der lebenslangen Freiheitsstrafe (Möglichkeit der Resozialisierung), der Untersuchungshaft (Verbot der Vorwegnahme der Strafe) und der Sicherungsverwahrung (Abstandsgebot zum Strafvollzug) entwickelt.⁷⁹

Im *Ausgangsfall 2* hängt die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit der Quarantäne von den Umständen des Einzelfalls ab. Im konkreten Fall hat der VGH München die Anordnung für rechtswidrig erklärt, weil das einfache Recht keinen Automatismus für die Quarantäne vorgegeben habe und risikoerhöhende Umstände wie die Infektiosität des Quellfalls, die Länge des Aufenthalts der Schüler im Klassenraum, die Intensität der Partikelemission, die Enge des Raumes und den Mangel an Frischluftzufuhr sowie das Tragen einer Mund-Nase-Bedeckung nicht in Erwägung gezogen worden sind.⁸⁰ Für grundrechtswidrig

⁷⁴ Schoch NVwZ 2022, 1 (4); zu Recht kritisch auch Boehme-Neßler NVwZ Beilage 2022, 34 f.; Degenhart NJW 2022, 123 (125); Schwarz NVwZ-Beilage 2022, 3 (4 f.); Thurn VerfBlog 03.12.2021.

⁷⁵ BVerfGE 64, 72 (79); 113, 348 (366); 130, 1 (39).

⁷⁶ Zum beschränkten Anwendungsbereich des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG näher Kingreen/Poscher Grundrechte. Staatsrecht II, 38. Aufl. 2022, Rn. 435.

⁷⁷ Ebenso Wolff, VerwArch 2023, Heft 1 i. E.

⁷⁸ Näher Kingreen/Poscher Grundrechte. Staatsrecht II, 38. Aufl. 2022, Rn. 1524 ff.

⁷⁹ Näher mit Nachweisen auf die Rechtsprechung Kingreen/Poscher Grundrechte. Staatsrecht II, 38. Aufl. 2022, Rn. 610 ff.

⁸⁰ VGH München Urt. v. 26. 7. 2022, 20 B 22.29.

könnte man die Quarantäneanordnung freilich nur ansehen, wenn darin zugleich eine spezifische Verfassungsrechtsverletzung läge, d.h. eine grundlegende Verken- nung des Einflusses der Grundrechte auf das einfache Recht.⁸¹ Eine unzureichende Tatsachenermittlung im Ein- zelfall dürfte diese Schwelle noch nicht überschritten ha- ben.

III. Freizügigkeit, Art. 11 GG

Ausgangsfall 3: Der in der bayerischen kreisfreien Stadt R le- bende U hat einen Urlaub im Hotel von H in der baden-württem- bergischen Gemeinde G gebucht. Die zum Zeitpunkt seines Ur- laubsantritts maßgebliche Corona-Schutzverordnung des Lan- des Baden-Württemberg sah allerdings vor, dass Personen, die sich in einem Land-, Stadtkreis oder einer kreisfreien Stadt in- nerhalb der Bundesrepublik Deutschland aufgehalten oder da- rin ihren Wohnsitz haben, in dem die sog. 7-Tages-Inzidenz den Schwellenwert von 50 Neuinfektionen pro 100.000 Einwohner überschritten hatte, in Baden-Württemberg nicht beherbergt werden dürften. Da in R diese Schwelle überschritten war, teilte ihm H mit, dass er ihn nicht beherbergen dürfe. A sieht darin eine unbotmäßige Beeinträchtigung seiner Bewegungsfreiheit.⁸²

1. Eingriffe in den Schutzbereich

a) Historisch-politischer Kontext

Ebenso wie das Grundrecht der Freiheit der Person stand die in Art. 11 GG gewährleistete Freizügigkeit bislang nicht im Mittelpunkt der rechtswissenschaftlichen Ausbildung. Dabei handelt es sich um eine für den Rechtsstatus des Einzelnen fundamentale Garantie. Freizügigkeit bedeutet das Recht, sich innerhalb eines Gemeinwesens frei zu be- wegen und sich an einem grundsätzlich frei gewählten Ort aufzuhalten und niederzulassen; kurz gesagt: sie gewähr- leistet die in der mobilen Gesellschaft so selbstverständ- lich in Anspruch genommene Reisefreiheit. Das durch die Freizügigkeit gewährleistete Aufenthaltsrecht ist aber vor allem deshalb so grundlegend, weil die Rechtsordnung re- gelmäßig am einfachen Recht anknüpft: Wer in der Euro- päischen Union Freizügigkeit genießt (Art. 21 AEUV), kann beispielsweise unter bestimmten Voraussetzungen einen Anspruch auf die im Aufenthaltsstaat gewährlei- teten Sozialleistungen geltend machen.

Die Freizügigkeit gerät stets in ökonomischen und po- litischen Umbruchphasen unter Druck.⁸³ Vor dem Hinter- grund der durch den 2. Weltkrieg ausgelösten Flüchtlings- ströme im geteilten Deutschland wurde schon im Vorfeld der Entstehung des Grundgesetzes kontrovers über eine Aufnahme in den Grundrechtskatalog diskutiert. Der Her- renchieser Verfassungsentwurf hatte auf eine Art. 111 WRV entsprechende Bestimmung verzichtet, »weil die ge- genwärtigen Zustände der Durchführung unüberwindbare Hindernisse bereiten«⁸⁴. Im Parlamentarischen Rat fand sich dann zwar eine Mehrheit für eine auch verfassungs- rechtliche Gewährleistung der Freizügigkeit. Der qualifi- zierte Gesetzesvorbehalt in Art. 11 Abs. 2 GG, der weitbli- ckend auch die »Bekämpfung der Seuchengefahr« als mögliche Eingriffsrechtfertigung aufführt, belegt aber, dass die Freizügigkeit nicht immer grenzenlos sein kann. Dennoch geriet sie zunächst in den Hintergrund: Sie hat in der unmittelbaren Nachkriegszeit insbesondere durch wohnungswirtschaftliche Beschränkungen noch eine ge- wisse praktische Bedeutung erlangt, dämmerte aufgrund der zunehmenden Vereinheitlichung der Lebensverhält- nisse seit den 50er Jahren aber etwas vor sich hin und musste sich in einem Grundgesetzkommentar sogar die Abqualifizierung als »Recht der Playboys, Pensionäre, Rentner und Touristen«⁸⁵ gefallen lassen. Selbst 1989, als zunächst eine erhebliche Abwanderung aus Ostdeutsch- land einsetzte, sind Beschränkungen der Freizügigkeit nicht mehr ernsthaft diskutiert worden, schon vor dem Hintergrund, dass der Fall der Mauer und das Ende des Schießbefehls ein Sieg vor allem der Freizügigkeit gewe- sen waren.

b) Geschütztes Verhalten; insbes. Verhältnis zu Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG

In allen *Ausgangsfällen* stellt sich die Frage, ob die Schutz- maßnahmen in Art. 11 Abs. 1 GG eingreifen. Beeinträchtigt es die Freizügigkeit, wenn man nachts nicht mehr auf die Straße darf, in Quarantäne in einem bestimmten Raum verbleiben muss und in einem anderen Bundesland nicht in einem Hotel übernachten darf? Jeweils wird ja verboten, zu einem frei gewählten Zeitpunkt einen freigewählten Ort im Bundesgebiet aufzusuchen.

⁸¹ BVerfGE 89, 276 (285).

⁸² Fall vereinfacht nach VGH Mannheim Beschl. v. 15.10.2020, 1 S. 3156/20.

⁸³ Das Folgende aus Kingreen Soziale Rechte und Migration, 2010, 19f.

⁸⁴ JöR 1, 1951, 128.

⁸⁵ Von Münch/Dicke Grundgesetz-Kommentar, 2. Aufl. 1981, Art. 11 Rn. 1.

aa) Einreise-, keine Ausreisefreiheit

Da die Freizügigkeit innerhalb des Bundesgebiets seit 1949 bis zur Pandemie praktisch nicht mehr beschränkt wurde, wurde nur darüber diskutiert, ob Art. 11 Abs. 1 GG auch die Einreise in das und die Ausreise aus dem Bundesgebiet schützt.

Die *Einreisefreiheit* wird teilweise unter Hinweis auf den Wortlaut (»im [...] Bundesgebiet«; nicht »in das Bundesgebiet«) abgelehnt.⁸⁶ Das Bundesverfassungsgericht und die überwiegende Meinung⁸⁷ sehen das zu Recht anders: Historisch sollte das Grundrecht auch und gerade die Einreise der Deutschen aus Ostdeutschland sicherstellen.⁸⁸ Zudem können »alle« Deutschen Freizügigkeit »im« Bundesgebiet nur wahrnehmen, wenn sie auch in dieses einreisen können, was insbesondere für die sog. Auslandsdeutschen relevant ist. Ohnehin geht es um ein Recht nur der »Deutschen«; Art. 11 Abs. 1 GG ist also keine Ausländer:innen gewährleistete Garantie zur Einreise nach Deutschland. Selbst Unionsbürger:innen (Art. 20 AEUV) haben das Recht zu Einreise und Aufenthalt nur nach Maßgabe der unionsrechtlichen Freizügigkeitsgarantie (Art. 21 AEUV),⁸⁹ die im Übrigen ebenfalls als Garantie der Einreise und des Aufenthalts interpretiert wird.⁹⁰ Für eine Einreisegarantie spricht schließlich auch die bei der Auslegung der Grundrechte des Grundgesetzes maßgeblich zu berücksichtigende⁹¹ Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK): Nach Art. 3 Abs. 2 ZP IV EMRK darf niemandem das Recht entzogen werden, in das Hoheitsgebiet des Staates einzureisen, dessen Angehöriger er ist.

Hingegen soll die *Ausreisefreiheit* nicht zum geschützten Verhalten zählen. Der Klassiker ist insoweit die *Elfes-*Entscheidung aus dem Jahre 1957.⁹²

Wilhelm Elfes, Mitglied der CDU und früherer Oberbürgermeister von Mönchengladbach und später Abgeordneter im Landtag von Nordrhein-Westfalen, galt als »Staatsfeind«, seit er sich im »Bund der Deutschen« kritisch zur Wehrpolitik und zur Wieder-

vereinigung geäußert hatte. Daher wurde ihm ohne weitere Begründung der Pass entzogen, was ihn daran hinderte, auf Veranstaltungen im Ausland seine Position zu vertreten. Dagegen richtet sich nach Erschöpfung des Rechtswegs seine Verfassungsbeschwerde.

Die *Elfes-*Entscheidung ist wegen der aus Art. 2 Abs. 1 GG abgeleiteten allgemeinen Handlungsfreiheit bekannt geworden, die zugleich die Möglichkeit eröffnet, die Vereinbarkeit einer Maßnahme mit dem übrigen Verfassungsrecht überprüfen zu lassen.⁹³ Der Zugang zum subsidiären Art. 2 Abs. 1 GG konnte aber nur eröffnet werden, weil das Bundesverfassungsgericht unter Hinweis auf insbesondere den Wortlaut und die Entstehungsgeschichte einen Schutz der Ausreisefreiheit durch Art. 11 Abs. 1 GG abgelehnt hat.⁹⁴

bb) Fortbewegung innerhalb des Bundesgebiets zur Aufenthalts- und Wohnsitznahme

Die Maßnahmen in den *Ausgangsfällen* beschränkten zwar faktisch, wenn auch nur in einem begrenzten Zeitraum, auch die Einreise (Beherbergungsverbot) bzw. die Ausreise (nächtliche Ausgangsbeschränkungen, Quarantäne). Vor allem beschränkten sie aber die Freiheit der Fortbewegung innerhalb des Bundesgebiets.

Es ist damit fraglich, ob Art. 11 Abs. 1 GG mit der Freizügigkeit generell auch vor Behinderungen der Fortbewegungsfreiheit schützt; dann bestünde Teilkongruenz mit dem Schutzbereich von Art. 2 Abs. 2 S. 2/Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG.

Mit dieser Begründung könnte man namentlich die allgemeinen Ausgangsbeschränkungen als Eingriffe in Art. 11 Abs. 1 GG ansehen.⁹⁵ Auch Quarantäneanordnungen werden teilweise als Eingriffe in Art. 11 Abs. 1 GG angesehen.⁹⁶

Allerdings möchte das Bundesverfassungsgericht Art. 11 Abs. 1 GG »eine über die insbesondere durch Art. 2 GG geschützte körperliche Bewegungsfreiheit hinausgehende Bedeutung für die räumlich gebundene Gestaltung des alltäglichen Lebenskreises«⁹⁷ zuweisen. Damit ist

⁸⁶ Von Mangoldt/Klein/Starck/Huber/Voßkuhle/Gusy Grundgesetz. Kommentar, Art. 11 Rn. 38.

⁸⁷ BVerfGE 134, 242 Rn. 253; Isensee/Kirchhof/Hailbronner Handbuch des Staatsrecht Bd. VI, 3. Aufl. 2009, § 152 Rn. 49; Jarass/Pieroth/Jarass Grundgesetz. Kommentar, 17. Aufl. 2022, Art. 11 Rn. 2.

⁸⁸ JöR 1951, 129 ff.; von Münch/Kunig/Kämmerer/Kotzur/Kunig/Graf von Kielmansegg Grundgesetz. Kommentar Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 11 Rn. 33.

⁸⁹ Näher Kingreen/Poscher Grundrechte. Staatsrecht II, 38. Aufl. 2022, Rn. 205.

⁹⁰ S. nur Calliess/Ruffert/Kluth EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 21 AEUV Rn. 4.

⁹¹ BVerfGE 128, 326 (368): »faktische Orientierungs- und Leitfunktion«.

⁹² BVerfGE 6, 32.

⁹³ Vgl. zur sog. Elfes-Konstruktion näher Kingreen/Poscher Grundrechte. Staatsrecht II, 38. Aufl. 2022, Rn. 366 ff.

⁹⁴ BVerfGE 6, 32 (34 ff.); krit. etwa Hufen Staatsrecht II. Grundrechte, 9. Aufl. 2021, § 18 Rn. 5.

⁹⁵ So etwa VGH München NVwZ 2020, 635 (639); Edenharter VerfBlog 19.03.2020; Kingreen JURA 2020, 1019 (1022 f.) und tendenziell auch von Münch/Kunig/Kämmerer/Kotzur/Kunig/Kämmerer Grundgesetz. Kommentar Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 2 Rn. 132: offenlassend BVerfGE 159, 223 Rn. 92.

⁹⁶ Epping/Hillgruber/Ogorek Beck-OK GG, Art. 11 [2022] Rn. 13.2.

⁹⁷ BVerfG Beschl. v. 25. 3. 2008, 1 BvR 1548/02, Rn. 21.

die Freizügigkeit spezifischer auf ihr Ziel, die Aufenthalts- und Wohnsitznahme, zu beziehen.⁹⁸ Die Freizügigkeit ist bei einem solchen Verständnis bei Maßnahmen betroffen, die gerade auf die Aufenthalts- und Wohnsitznahme zielen.

Das ist aber bei Ausgangsbeschränkungen und der Quarantäne nicht der Fall, denn diese sollten nur verhindern, dass in einem bestimmten Zeitraum ein bestimmter Raum verlassen wurde; dass in diesem Zeitraum kein anderer Aufenthalt begründet werden konnte, war nur die Nebenfolge des Hauptzwecks, das Verlassen des Aufenthaltsorts zu verhindern.

Bei einem solchen, den spezifischen Schutzzweck des Grundrechts stärker profilierenden und daher vorzugswürdigen Verständnis schützt Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG davor, dass man einen bestimmten Ort nicht verlassen darf, während Art. 11 Abs. 1 GG Schutz vor Maßnahmen gewährleistet, die den Aufenthalt an einem bestimmten Ort verbieten.⁹⁹ Art. 2 Abs. 2 S. 2/Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG schützen also den freien Aufenthalt nur um der Fortbewegungsfreiheit willen, während Art. 11 Abs. 1 GG die Fortbewegung um eines Aufenthalts willen schützt, der nicht nur vorübergehend ist. Art. 11 Abs. 1 GG schützt daher nicht vor alltäglichen Beschränkungen des Aufenthaltsrechts wie etwa dem Verbot, eine Sportveranstaltung zu besuchen.¹⁰⁰ Daher ist insbesondere der seiner Natur nach nur vorübergehende polizeirechtliche Platzverweis kein Eingriff in Art. 11 Abs. 1 GG.¹⁰¹ Hingegen greift eine behördliche Wohnungsweisung, die einer Person aus Gründen der Gefahrenabwehr dauerhaft den Aufenthalt in einer Wohnung verbietet, in Art. 11 Abs. 1 GG ein.¹⁰²

In den *Ausgangsfällen 1* und *2* liegt daher kein Eingriff in Art. 11 Abs. 1 GG vor, weil weder nächtliche Ausgangsbeschränkungen noch die Anordnung von Quarantäne eine freizügigkeitsspezifische Tendenz aufweisen. Sie sollen sicherstellen, dass die Adressaten dort bleiben, wo sie sind, verbieten aber nicht den Aufenthalt an einem be-

stimmten Ort. Besonders deutlich wird das bei der nächtlichen Ausgangsbeschränkung: Man darf sich nicht im Freien, könnte sich aber theoretisch jede Nacht an einem anderen Ort aufhalten. Nicht anders ist es letztlich bei der Quarantäne: Wer diese gerechtfertigt, etwa für einen nicht verschiebbaren Arztbesuch, unterbricht, kann sich danach bei Bedarf an einem anderen Ort in Quarantäne begeben. – Im *Ausgangsfall 3* war das durch die Corona-Schutzverordnung des Landes Baden-Württemberg angeordnete Beherbergungsverbot hingegen ein Eingriff in Art. 11 Abs. 1 GG. Denn aufgrund der weiten Anreise von seinem Wohnort wurde die geplante Reise für U faktisch unmöglich.¹⁰³

Eingriffe in Art. 11 Abs. 1 GG waren auch die in der Frühphase der Pandemie erlassenen Verbote, Zweitwohnungen in einem anderen Bundesland aufzusuchen.¹⁰⁴ Denn sie richteten sich gerade gegen den Aufenthalt in diesen Wohnungen und beinhalteten auch nicht nur eine alltägliche Beschränkung des Aufenthaltsrechts. Gleiches gilt für die sog. 15-Kilometer-Regelung, die einen Aufenthalt außerhalb eines 15-Kilometer-Radius um den eigenen Wohnsitz ohne rechtfertigenden Grund verboten hat.¹⁰⁵

cc) Negative Freizügigkeit

Als negative Freizügigkeit schützt Art. 11 Abs. 1 GG auch das Recht, einen Ort nicht verlassen zu müssen, denn auch daran liegt die Entscheidung, einen Aufenthalt/Wohnsitz zu nehmen. Das Bundesverfassungsgericht hat gleichwohl bergbaubedingte Umsiedlungen nicht an Art. 11 Abs. 1 GG gemessen, denn dieser gewährleiste nicht das Recht, »an Orten im Bundesgebiet Aufenthalt zu nehmen und zu verbleiben, an denen Regelungen zur Bodenordnung oder Bodennutzung einem Daueraufenthalt entgegenstehen und so bereits den Zuzug ausschließen oder einschränken oder, wenn sie erst nachträglich aufgestellt werden, letztlich zum Wegzug zwingen. Solche Regelungen berühren jedenfalls dann nicht den Schutzbereich von Art. 11 Abs. 1 GG, wenn sie allgemein gelten und nicht gezielt die Freizügigkeit bestimmter Personen oder Personengruppen treffen sollen.«¹⁰⁶ Das ist zweifel-

⁹⁸ Huster/Kingreen/Poscher Handbuch des Infektionsschutzrechts, 2. Aufl. 2022, Kap. 4 Rn. 135f.

⁹⁹ In diesem Sinne mit unterschiedlichen Nuancierungen im Einzelnen etwa Dürig/Herzog/Scholz/Durner Grundgesetz. Kommentar, Art. 11 [2022] Rn. 95 ff.; Stern/Sodan/Möstl/Friehe Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund Bd. IV, 2. Aufl. 2022, § 106 Rn. 49 ff.; von Münch/Kunig/Kämmerer/Kotzur/Kunig/Graf von Kielmansegg Grundgesetz. Kommentar Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 11 Rn. 29 ff. – Die gegenteilige Ansicht aus Kingreen JURA 2020, 1029 (1032f.) wird nicht aufrechterhalten.

¹⁰⁰ Epping/Hillgruber/Ogorek Beck-OK GG, Art. 11 [2022] Rn. 13.

¹⁰¹ BVerfG Beschl. v. 25. 3. 2008, 1 BvR 1548/02, Rn. 20 ff.

¹⁰² VGH Mannheim NJW 2005, 88 (88f.).

¹⁰³ VGH Mannheim Beschl. v. 16. 10. 2020, 1 S. 3156/20, Rn. 23.

¹⁰⁴ In diesem Sinne auch OVG Schleswig NJW 2020, 1382 (1383); Stern/Sodan/Möstl/Friehe Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund Bd. IV, 2. Aufl. 2022, § 106 Rn. 89; Epping/Hillgruber/Ogorek BeckOK GG, Art. 11 [2022] Rn. 13.2. – Anders etwa OVG Lüneburg Beschl. v. 15. 10. 2020, 13 MN 371/20, Rn. 66f.

¹⁰⁵ Zur Rechtswidrigkeit dieser anachronistischen Regelung VGH München Beschl. v. 26. 01. 2021, 20 NE 21.162.

¹⁰⁶ BVerfGE 134, 242 Rn. 256.

haft, weil das Bundesverfassungsgericht einen Eingriff in eine Ausgestaltung uminterpretiert; ohnehin ist diese auch nicht grenzenlos zulässig.¹⁰⁷

2. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Für Eingriffe in das Freizügigkeitsrecht sieht Art. 11 Abs. 2 GG einen qualifizierten Gesetzesvorbehalt vor: Es bedarf eines Gesetzes, das eines der dort genannten Ziele verfolgen muss; diese Zielprüfung lässt sich zwanglos in die

Prüfung der Verhältnismäßigkeit der gesetzlichen Grundlage integrieren.¹⁰⁸

Im *Ausgangsfall 3* hat der VGH Mannheim zwar nicht die parlamentsgesetzliche Grundlage, aber die darauf beruhende Norm der Corona-Schutzverordnung für unverhältnismäßig erachtet, weil es »wenig wahrscheinlich« sei, »dass gerade die Beherbergung von Gästen aus innerdeutschen »Risikogebieten« besonders hohe Infektionsrisiken birgt.«¹⁰⁹

¹⁰⁷ Dazu allgemein Kingreen/Poscher Grundrechte. Staatsrecht II, 38. Aufl. 2022, Rn. 205 sowie vertiefend dies., JZ 2022, 961 (968 ff.).

¹⁰⁸ Kingreen/Poscher Grundrechte. Staatsrecht II, 38. Aufl. 2022, Rn. 389.

¹⁰⁹ VGH Mannheim Beschl. v. 16.10.2020, 1 S. 3156/20, Rn. 40.