

Das Recht der persönlichen Freiheit in der Corona-Pandemie

Dipl. Jur. Jendrik Wüstenberg, B.A.

Der Autor ist wissenschaftliche Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaft von Prof. Dr. Veith Mehde, mag. rer. publ. an der Leibniz Universität Hannover und hat zuvor Allgemeine Verwaltung an der Kommunalen Hochschule für Verwaltung in Niedersachsen studiert.

„Die Freiheit der Person ist unverletzlich“, so lautet Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG seit 1949. Die Corona-Pandemie hat dieses Grundrecht auf die Probe gestellt wie wohl nie zuvor in der Geschichte der Bundesrepublik. Quarantäneverfügungen und Ausgangssperren trafen die Bevölkerung in einer bis dahin in der Bundesrepublik unbekannten Breite; fast jeder¹ war zumindest von einer der vielen Maßnahmen betroffen. Der folgende Beitrag soll diese Maßnahmen vor dem Hintergrund der bisherigen Dogmatik zu Art. 2 Abs. 2 S. 2 i.V.m. Art. 104 GG einer kritischen Betrachtung unterziehen, die verfassungsrechtlichen Kritikpunkte an den beiden Maßnahmen und ihren Ermächtigungsgrundlagen aufzeigen und die Besonderheiten dieses Grundrechts in der Corona-Pandemie in Erinnerung rufen.

A. Der Inhalt des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG i.V.m. Art. 104 GG

Schon die Formulierung des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG unterstreicht die Wichtigkeit des Grundrechts der persönlichen Freiheit: Sie ist „unverletzlich“. Geschützt ist die körperliche Bewegungsfreiheit,² präziser das Recht, sich von einem bestimmten Ort wegzubewegen und jeden Ort aufzusuchen, um sich dort aufzuhalten.³ Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG steht in einem engen Verhältnis zu Art. 104 GG, der an den materiellen Inhalt des Grundrechts verfahrensrechtliche Voraussetzungen für Freiheitsbeschränkungen normiert.⁴

Art. 104 GG unterscheidet hierbei zwischen Freiheitsbeschränkungen (Abs. 1) und Freiheitsentziehungen (Abs. 2), wobei alle Arten von Freiheitsentziehungen gleichzeitig Freiheitsbeschränkungen

darstellen.⁵ Freiheitsbeschränkungen sind jegliche staatliche Maßnahmen, welche die Ausübung der körperlichen Bewegungsfreiheit erschweren oder unmöglich machen,⁶ während die Freiheitsentziehung nur dann gegeben ist, wenn die tatsächlich und rechtlich an sich vorhandene körperliche Bewegungsfreiheit durch staatliche Maßnahmen in jede Richtung hin aufgehoben wird.⁷ Für Freiheitsbeschränkungen ordnet⁸ Art. 104 Abs. 1 GG an, dass dies nur auf Grund eines förmlichen Gesetzes geschehen darf, hinsichtlich der Freiheitsentziehung statuiert Art. 104 Abs. 2 GG einen Richtervorbehalt.

In den letzten Jahrzehnten hat sich hinsichtlich des Rechts der persönlichen Freiheit eine umfassende und ausdifferenzierte Judikatur herausgebildet. Schon hinsichtlich der Freiheitsbeschränkung sind die Anforderungen an das förmliche Gesetz hoch: Die jeweilige Ermächtigungsgrundlage darf keine völlig pauschale Generalermächtigung sein, sondern muss den Eingriff hinreichend konkret beschreiben und präzise die Voraussetzungen hierfür nennen, sodass der Gesetzgeber gezwungen ist, die Freiheitsentziehung in „berechenbarer, messbarer und kontrollierbarer Weise zu regeln“.⁹ Die erforderliche Regelungsdichte steigt mit der Intensität des Eingriffs.¹⁰

Zur Einordnung, ob eine Freiheitsentziehung vorliegt, wird zwischen einer sachlichen (ist die Zweckrichtung der Maßnahme die Freiheitsentziehung?), einer räumlichen (wie eng und welcher Art ist der Raum, auf den die Fortbewegungsmöglichkeit reduziert wird?) und einer zeitlichen Komponente (handelt es sich nur um eine kurzfristige Aufhebung

¹ Der Autor verwendet im Folgenden das generische Maskulinum; selbstverständlich sind hiervon alle Geschlechter umfasst.

² BVerfGE 94, 166 (1998); 105, 239 (247); Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar, 16. Aufl. 2020, Art. 2 Rn. 112.

³ Di Fabio, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, 94. EL Januar 2021, Art. 2 Abs. 2 S. 2 Rn. 26; Jarass, in: Jarass/Pieroth (Fn. 2), Art. 2 Rn. 112; Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 2 Abs. 2 Rn. 196.

⁴ Jarass, in: Jarass/Pieroth (Fn. 2), Art. 2 Rn. 110.

⁵ Mehde, in: Maunz/Dürig (Fn. 3), Art. 104 Rn. 38.

⁶ Gusy, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 3), Art. 104 Rn. 19; Mehde, in: Maunz/Dürig (Fn. 3), Art. 104 Rn. 38.

⁷ BVerfG NVwZ 2011, 743 (744); NJW 2018, 2619 (2621).

⁸ BVerfGE 14, 174 (186f.); Mehde, in: Maunz/Dürig (Fn. 3), Art. 104 Rn. 41.

⁹ BVerfGE 76, 363 (387); 131, 268 (306); BVerfG NVwZ 2007, 1296; Mehde, in: Maunz/Dürig (Fn. 3), Art. 104 Rn. 45; Radtke, in: Epping/Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, 48. Edt. Stand: 15.08.2021, Art. 104 Rn. 6; Herzmann, Ausgangssperren auch in Deutschland?, DÖV 2006, 678 (680).

¹⁰ BVerfGE 75, 329 (342); 86, 288 (311); 109, 133 (188); 131, 268 (306); Mehde, in: Maunz/Dürig (Fn. 3), Art. 104 Rn. 46; Pohlreich, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 199. Aktualisierung Juli 2019, Art. 104 Rn. 47; Radtke, in: Epping/Hillgruber (Fn. 9), Art. 104 Rn. 6.

der Bewegungsfreiheit?) sowie dem konkreten Mittel der Freiheitsentziehung differenziert.¹¹ Die zeitliche Komponente sowie das Mittel stechen hierbei besonders heraus: Zwar sollen nur kurzfristige Aufhebungen der Bewegungsfreiheit keine Freiheitsentziehung darstellen, jedoch wird schon ein Zeitraum von mehreren Stunden als nicht mehr kurzfristig und unbedeutend beurteilt.¹² Bei Fixierungen wird sogar eine halbe Stunde als nicht mehr kurzfristig angesehen.¹³ Zudem setzt die Freiheitsentziehung nicht zwingend bestimmte „klassische“ Mittel wie etwa eine Haftzelle voraus; auch die Vermittlung psychischen Zwangs, etwa mittels Androhung von Sanktionen, kann grundsätzlich zur Annahme einer Freiheitsentziehung führen.¹⁴ Sogar dann, wenn sich eine Person bereits im Freiheitsentzug befindet, kann eine Verschärfung der Freiheitsentziehung – etwa wenn eine in einer geschlossenen psychiatrischen Einrichtung befindliche Person fixiert wird – eine abermalige Notwendigkeit der Einholung einer richterlichen Entscheidung begründen, sodass es insofern auch eine „Freiheitsentziehung innerhalb des Freiheitsentzugs“ geben kann.¹⁵

B. Die Quarantäneverfügung

Der Begriff der Quarantäne findet sich im IfSG nicht. Vielmehr ist in § 30 IfSG von einer Absonderung die Rede. Die Absonderung stellt eines der ältesten gesetzlichen Maßnahmen zur Pandemiebekämpfung und damit des besonderen Gefahrenabwehrrechts dar, bereits § 14 Reichsseuchengesetz (RSeuchG) von 1900 eröffnete die Möglichkeit, sie gegenüber kranken, krankheits- oder ansteckungsverdächtigen Personen anzuordnen.

I. Der Adressatenkreis des § 30 IfSG

§ 28 Abs. 1 S. 1 IfSG i.V.m. § 30 Abs. 1 S. 2 IfSG gestattet dem zuständigen Gesundheitsamt, gegenüber Kranken, Krankheitsverdächtigen, Ansteckungsverdächtigen und zusätzlich noch Ausscheidern eine Absonderung anzuordnen. Die Legaldefinitionen für diese spezialgesetzlichen Störerbegriffe enthält § 2 Nr. 4 bis 7 IfSG. Während ein Kranker nachweislich an einer übertragbaren Krankheit erkrankt ist, weist ein Krankheitsverdächtiger lediglich Symptome auf, die eine Krankheit vermuten lassen. Ein Ausscheider ist hingegen lediglich eine Ansteckungsquelle, ohne selbst krank oder krankheitsverdächtig zu sein. Bei einem

Ansteckungsverdächtigen besteht Grund für die Annahme, dass er Krankheitserreger aufgenommen hat, ohne aber krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider zu sein. Die Absonderung dieser Störer kann wahlweise in einem geeigneten Krankenhaus oder in „sonst geeigneter Weise“ geschehen, wobei der Behörde Ermessen eingeräumt ist. Hinsichtlich SARS-CoV-2 erfolgt die Absonderung in aller Regel in sonst geeigneter Weise derart, dass der Adressatenkreis des § 30 IfSG zunächst telefonisch angewiesen wird, sich für 14 Tage in häusliche Absonderung zu begeben, also mit anderen Worten in seiner Wohnung zu bleiben. Später folgt auf postalischem Weg eine schriftliche Absonderungsverfügung, welche allerdings nicht als Verwaltungsakt nach § 35 S. 1 VwVfG, sondern als bloße schriftliche Bestätigung des vorherigen mündlichen Verwaltungsakts i.S.d. § 37 Abs. 2 S. 1 VwVfG zu qualifizieren ist.

§ 30 Abs. 1 IfSG steht in einem Stufenverhältnis zu Abs. 2. Kommt der Betroffene den Anordnungen zu seiner Absonderung nicht nach oder ist dies nur nach seinem bisherigen Verhalten nach zu befürchten, so hat – also ohne Ermessen! – eine zwangsweise Unterbringung zu erfolgen; dies geschieht bei Erkrankten und Krankheitsverdächtigen in einem abgeschlossenen Krankenhaus oder einem abgeschlossenen Teil eines Krankenhauses, bei Ansteckungsverdächtigen und Ausscheidern hingegen alternativ auch in einer „anderen geeigneten abgeschlossenen Einrichtung“. § 30 Abs. 2 S. 3 IfSG erklärt hinsichtlich dieser Maßnahmen das Grundrecht der Freiheit der Person aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG für einschränkbar, für das Verfahren sind nach § 30 Abs. 2 S. 4 IfSG die §§ 415ff. FamFG entsprechend anwendbar. Das Gesundheitsamt beantragt nach § 417 FamFG die zwangsweise Unterbringung beim Amtsgericht. Das Gericht gibt dem Betroffenen daraufhin gemäß § 420 Abs. 1 FamFG die Möglichkeit zur Anhörung und erlässt sodann einen Beschluss, der die zwangsweise Absonderung anordnet.

II. Eingriffsmodalität der Quarantäneverfügung

Wenig Probleme bereitet bei der Absonderungsanordnung noch die Frage, ob hier der Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG betroffen ist: Durch die Verfügung, die Wohnung für 14 Tage nicht zu verlassen, wird final und unmittelbar

¹¹ Mehde, in: Maunz/Dürig (Fn. 3), Art. 104 Rn. 60ff.

¹² BVerfG NVwZ 2011, 743 (746); BVerfG NJW 2004, 3697; BVerfG NJW 2018, 2619 (1621).

¹³ BVerfG NJW 2018, 2619 (2621).

¹⁴ Di Fabio, in: Maunz/Dürig (Fn. 3), Art. 2 Abs. 2 Nr. 2 Rn. 37.

¹⁵ BVerfG NJW 2018, 2619 (2621); Wittreck, in: Isensee/Kirchhof, HStR VII, 3. Aufl. 2009, § 151 Rn. 20; Pohlreich, in: Bonner Kommentar (Fn. 10), Art. 104 Rn. 30.

durch einen Rechtsakt in befehlender Form dem Adressaten aufgegeben, einen bestimmten Ort nicht zu verlassen, ein Eingriff in den Schutzbereich liegt somit vor. Im Hinblick auf 14 Tage kann in Anbetracht der aufgezeigten Rechtsprechung eindeutig nicht mehr von einem kurzfristigen Zeitraum gesprochen werden.

Die soeben erläuterte Rechtsfolge der Absonderungsanordnung nach § 30 Abs. 1 S. 2 IfSG wirft dann die Frage nach der Modalität des Eingriffs und den sich hieraus für die Rechtfertigung ergebenden verfahrensrechtlichen Anforderungen des Art. 104 GG auf. Ein „Erschweren“ der körperlichen Fortbewegungsfreiheit und damit eine Freiheitsbeschränkung wird man bei der Absonderungsverfügung bereits annehmen müssen.

Von verfassungsrechtlich höchstem Interesse ist dann die Frage, ob es sich bei der Absonderungsanordnung nach § 30 Abs. 1 S. 2 IfSG nicht mehr nur um eine Freiheitsbeschränkung, sondern schon um eine Freiheitsentziehung handelt, die im Rahmen der Rechtfertigung an den erhöhten Anforderungen des Art. 104 Abs. 2 GG zu messen wäre. Greift man auf die oben aufgeführte Definition zurück, so kommt es auf bestimmte klassische Mittel der Freiheitsentziehung nicht an, d.h. auch psychischer Druck reicht aus, soweit die tatsächlich und rechtlich an sich gegebene körperliche Bewegungsfreiheit in jede Richtung hin aufgehoben wird. Durch die Absonderungsverfügung wird dem Betroffenen die Bewegungsfreiheit jedenfalls rechtlich genommen, er hat sich über den gesamten Zeitraum der Verfügung in seiner Wohnung aufzuhalten.

Psychischer Druck schließlich wird durch die Anordnung der Absonderung in mehrfacher Hinsicht vermittelt: einmal durch die verbindliche behördliche Anweisung in Form eines befehlenden Verwaltungsaktes, aber auch durch die im Falle der Zuwiderhandlung drohende, ohne jedes behördliche Ermessen erfolgende zwangsweise Unterbringung nach § 30 Abs. 2 IfSG sowie den Ordnungswidrigkeitentatbestand bei Zuwiderhandlungen gegen die Verfügung.¹⁶ So handelt gemäß § 73 Abs. 1a Nr. 6 IfSG ordnungswidrig, wer einer vollziehbaren Anordnung nach § 30 Abs. 1 S. 2 zuwiderhandelt. Die nach § 73 Abs. 2 IfSG

zu verhängende Geldbuße von bis zu 25.000 Euro ist auch nicht mehr als gering zu beurteilen.

Gleichwohl möchten bedeutende Stimmen hierin lediglich eine Freiheitsbeschränkung, nicht aber eine -entziehung erkennen: Die Maßnahme nach § 30 Abs. 1 S. 2 IfSG setze nach der gesetzgeberischen Konzeption die „Freiwilligkeit des Betroffenen und damit seine Einsicht in das Notwendige“ voraus,¹⁷ sie sei damit nur als freiheitsbeschränkende Maßnahme zu qualifizieren.¹⁸ Dieser bislang wohl als herrschend anzusehenden Einschätzung wird seit einiger Zeit allerdings durch eine im Vordringen befindliche Auffassung scharf entgegengetreten.¹⁹ Es sei abwegig, das angeordnete Nichtverlassen eines bestimmten Ortes als freiwillig zu bezeichnen.²⁰ Die Argumentation über eine unterstellte Freiwilligkeit erscheint in der Tat nicht sehr praxisnah, denn die Quarantäneverfügung ist keine Bitte: ein Bescheidtenor, der im Wortlaut regelmäßig auf „Sie haben sich bis [Datum] in häusliche Absonderung zu begeben“ lautet, enthält keinerlei erkennbares Element von Freiwilligkeit, zumal ein Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG stets eine Rechtsfolge herbeiführen muss, also im Falle der Corona-Quarantäne die Rechtspflicht des Adressaten zur häuslichen Absonderung. Hinzu tritt, dass oftmals in den Hinweisen zum Bescheid durch die Gesundheitsämter auf die Möglichkeiten zwangsweiser Durchsetzung sowie die Bußgeldtatbestände inklusive der möglichen Bußgeldhöhe hingewiesen wird. Für die Annahme von Freiwilligkeit bleibt unter diesen Umständen wohl kein Raum, der Betroffene wird sich dem „Unausweichlichen“ angesichts dieser drohenden repressiven Maßnahmen fügen. Insofern ist im Rahmen des Eingriffs eine Freiheitsentziehung anzunehmen.

III. Rechtfertigung

Die Absonderung erfolgt zwar im Sinne des Art. 104 Abs. 1 GG auf Grund eines förmlichen Gesetzes. Als hinreichend bestimmt dürfte die Norm hinsichtlich des Adressatenkreises sowie der Form der Beschränkung ebenso einzuschätzen sein. § 30 Abs. 1 IfSG sieht jedoch keinen Richtervorbehalt vor, das Gesundheitsamt ordnet die Absonderung allein an, womit das Erfordernis des Art. 104 Abs. 2 GG nach einer richterlichen Entscheidung verletzt ist. Die bisherige

¹⁶ So auch Kießling, in: Kießling, Infektionsschutzgesetz Kommentar, 2. Aufl. 2021, IfSG § 30 Rn. 29.

¹⁷ BT-Drs. 14/2530, S. 75.

¹⁸ BVerfG BeckRS 2020, 14875; OVG Münster BeckRS 2020, 17887; VG Saarlouis BeckRS 2020, 23935; Schulz/Berneith, Die zwangsweise Absonderung von „Quarantäneverweigerern“ als kommunale Herausforderung, COVuR 2021, 130 (130); Gusy, <https://verfassungsblog.de/absonderung-quarantane-polizeigewahrsam/> (Abruf v. 04.10.2021).

¹⁹ Kießling, in: Kießling (Fn. 16), IfSG § 30 Rn. 29; Kingreen, in: Huster/Kingreen, Handbuch Infektionsschutzrecht, Kapitel 1 Rn. 66; Poscher, in: Huster/Kingreen, Handbuch Infektionsschutzrecht, 2021, Kapitel 4 Rn. 129; Stach, Die häusliche Quarantäne nach Ein- oder Rückreise aus dem Ausland, NJW 2021, 10 (12); so auch schon Schenke, Rechtsfragen der Bekämpfung von AIDS, DVBl. 1988, 165 (169f.).

²⁰ Stach (Fn. 19), NJW 2021, 10 (12).

Einordnung als bloße Freiheitsbeschränkung und die damit verbundene Ablehnung eines Richtervorbehalts mögen verfahrensökonomische Motive haben, für solche Überlegungen lässt allerdings der eindeutige Wortlaut des Art. 104 Abs. 2 GG keinen Spielraum.

Fraglich ist vor diesem Hintergrund dann noch, ob man § 30 Abs. 1 IfSG für verfassungswidrig und damit nichtig hält oder ob die Norm im Sinne des Art. 104 Abs. 2 S. 1 GG noch verfassungskonform ausgelegt werden kann.²¹ Für ersteres spricht, dass die Gesetzesbegründung keinen Spielraum für eine solche Auslegung lässt, da sie eine Freiheitsentziehung und die Erforderlichkeit eines Richtervorbehalts gerade negiert. Als weitere Argumente lassen sich der eindeutige Wortlaut der Norm sowie das systematische Verhältnis zu § 30 Abs. 2 IfSG anführen, der im direkten Anschluss an § 30 Abs. 1 IfSG gerade erst für die zwangsweise erfolgende Absonderung den Richtervorbehalt bestätigt. Zudem enthält Art. 104 Abs. 2 GG einen Ausgestaltungsauftrag an den Gesetzgeber, der aus Gründen der Rechtssicherheit nicht durch die Rechtsanwender ausgefüllt werden kann und somit bei Nichtbeachtung zur Verfassungswidrigkeit der Norm führt.²² Zum Verstoß gegen Art. 104 Abs. 2 GG tritt im Übrigen eine Verletzung des Zitiergebotes gemäß Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG hinzu.²³

Bei der Frage der Verhältnismäßigkeit ist der Zweck des § 1 Abs. 1 IfSG zu beachten, wonach übertragbare Krankheiten beim Menschen vorgebeugt und die Weiterverbreitung von Infektionen verhindert werden sollen. Im Ergebnis wird hierdurch das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit der Bevölkerung aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG geschützt.²⁴ Eine Verhältnismäßigkeit der Maßnahme an sich ist zu bejahen, die Verfassungsverstöße liegen im Verstoß gegen das Zitiergebot und der Verletzung des Art. 104 Abs. 2 GG als besonderer Anforderung an die Schranken-Schranken.

C. Die Ausgangssperre

Im Gegensatz zur Absonderungsanordnung, die seit über 100 Jahren zu den gesetzlichen Standardmaßnahmen der Bekämpfung übertragbarer Krankheiten gehört,

handelt es sich bei den Ausgangssperren oder Ausgangsbeschränkungen um ein relativ neues Mittel. Bis zur Schaffung von § 28a Abs. 1 Nr. 3 IfSG sowie § 28a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 IfSG im November 2020 fand sich keine spezifische gesetzliche Grundlage für die Möglichkeit, Personen einer nächtlichen Ausgangsbeschränkung zu unterwerfen. Lediglich § 28 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 IfSG a.F.²⁵ enthielt die relativ allgemein formulierte Ermächtigung, Personen zu verpflichten, den Ort, an dem sie sich befinden, nicht zu verlassen, bis die notwendigen Schutzmaßnahmen durchgeführt worden sind. Die mit Wirkung vom 28.03.2020 geänderte Fassung des § 28 IfSG²⁶ ließ nur die Einschränkung der Durchführung notwendiger Schutzmaßnahmen entfallen, ohne konkretere Ausführungen zur Art dieser Verpflichtung zu machen.

Von dem Mittel der nächtlichen Ausgangsbeschränkung wurde durch die Gesundheitsämter reger Gebrauch gemacht; so wurde in Niedersachsen die Anordnung einer Ausgangsbeschränkung zwischen 21 Uhr und 5 Uhr morgens im mit Wirkung vom 29.03.2021 neu geschaffenen § 18 Abs. 2 bis 4 Nds. Corona-VO a.F.²⁷ ermöglicht. Das Verlassen der Wohnung war im benannten Zeitraum nur noch mit triftigem Grund gestattet, für die in § 18 Abs. 3 S. 3 Nds. Corona-VO a.F. diverse nicht abschließende Beispiele aufgeführt worden. Durch die bundeseinheitliche „Corona-Notbremse“ wurde zudem in § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG eine qua Gesetz gültige (self-executing Norm) Ausgangsbeschränkung zwischen 22 Uhr bis 5 Uhr des Folgetags angeordnet, soweit die Sieben-Tage-Inzidenz in einem Landkreis den Schwellenwert von 100 an drei aufeinanderfolgenden Tagen überschreitet. Diese Norm ist mit Ablauf des 30.06.2021 außer Kraft getreten.

I. Der Adressatenkreis des § 28 Abs. 1 S. 1 Hs. 2, § 28a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 IfSG und des § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG

Der Adressatenkreis der Ausgangsbeschränkungen unterscheidet sich wesentlich von dem der Absonderungsanordnung. Während die Quarantäne nur gegenüber den Störern i.S.d. IfSG verhängt werden kann, also Kranken, Krankheits- und Ansteckungsverdächtigen sowie Ausscheidern, ist die Maßnahmenrichtung der

²¹ Stach (Fn. 19), NJW 2021, 10 (12).

²² BVerfGE 141, 220 (294, Rn. 174); BVerfGE 149, 293 (332 Rn. 94f.).

²³ Johann/Gabriel, in: Eckart/Winkelmüller, BeckOK Infektionsschutzrecht, 6. Edition Stand: 01.07.2021, IfSG § 30 Rn. 24.1.

²⁴ BT-Drs. 14/2530, S. 43.

²⁵ BGBl. I 2015, S. 1368.

²⁶ BGBl. I 2020, S. 587.

²⁷ Nds. GVBl. 2021, S. 166.

Ausgangsbeschränkung überhaupt nicht festgelegt und schließt somit auch Nichtstörer ein.²⁸ Die tatsächlich verhängten Ausgangsbeschränkungen betrafen folglich unterschiedslos sowohl infektionsschutzrechtliche Störer wie auch Nichtstörer gleichermaßen und wurde allein an den im jeweiligen Gebiet ermittelten Inzidenzwert geknüpft.

II. Eingriffsmodalität der Ausgangsbeschränkung

Bei der Ausgangsbeschränkung gestaltet sich die Ermittlung der Eingriffsmodalität in das Freiheitsgrundrecht des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG differenzierter: Dem Betroffenen ist schließlich nicht das Verlassen der Wohnung pauschal untersagt, sondern es wird ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt statuiert.²⁹ Aus diesem Umstand schließen Teile der Rechtsprechung sowie der Literatur, dass es sich um gar keinen Eingriff in das Grundrecht auf Freiheit der Person handele, sondern lediglich um einen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG.³⁰ Andere wiederum wollen einen intensiven Eingriff in Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG i.V.m. Art. 104 Abs. 1 GG erkennen.³¹

Zur Stellungnahme für die eine oder die andere Ansicht sollte sich wieder ins Gedächtnis gerufen werden, wann eine Freiheitsbeschränkung i.S.d. Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG i.V.m. Art. 104 Abs. 1 GG gegeben ist: Freiheitsbeschränkungen sind jegliche staatlichen Maßnahmen, welche die Ausübung der körperlichen Bewegungsfreiheit erschweren oder unmöglich machen.³² Voraussetzung ist folglich, dass „jemand durch die öffentliche Gewalt gegen seinen Willen daran gehindert wird, einen Ort oder Raum aufzusuchen oder sich dort aufzuhalten, der ihm an sich (tatsächlich und rechtlich) zugänglich ist“³³, also im Vergleich zur Freiheitsentziehung, die die Bewegungsfreiheit gänzlich aufhebt, nur eine „partielle Beschränkung der Freiheit“ vorliegt.³⁴

Subsumiert man diese allgemeine Formel unter das präventive Verbot mit Erlaubnisvorbehalt der Ausgangsbeschränkung, so ist die Bewegungsfreiheit der Betroffenen

bis auf partielle Ausnahmetatbestände aufgehoben, denn das Verlassen der Wohnung ist nur aus bestimmten Gründen zulässig. Zutreffend wird darauf hingewiesen, dass sich der infektionsschutzrechtliche Nichtstörer einer Situation gegenüber sieht, in der er sich für seine Freiheitsbetätigung rechtfertigen muss,³⁵ was das Konzept eines Freiheitsgrundrechts mit engen Einschränkungsmöglichkeiten geradezu auf den Kopf stellt. Berücksichtigt man nun – hinzutretend zu den bloß als Ausnahmetatbestände entwickelten Möglichkeiten der Freiheitsbeschränkung – noch, dass die bisherige Judikatur bereits wenige Stunden ausreichen lässt, um die nicht mehr nur kurzfristige (vollständige) Aufhebung der Bewegungsfreiheit als Freiheitsentziehung zu beurteilen, wird man bei einer Ausgangsbeschränkung, die sieben Tage die Woche acht Stunden des Tages in Anspruch nimmt, angesichts dieser Intensität einen Eingriff in den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG annehmen müssen. Schließlich wird auch einem Freigänger in Haftanstalten, dem die Erlaubnis erteilt wird, außerhalb der Justizvollzugsanstalt zu arbeiten, die Freiheit entzogen.³⁶ Wenn man den Eingriff für Ausgangsbeschränkungen gleichwohl verneint, ergeben sich folglich Wertungswidersprüche zur bisherigen Judikatur. Weitere Argumente, die etwa auf eine mangelnde Bewachung der Betroffenen abstellen und somit keine wirksame Hinderung am Verlassen der Wohnung erkennen wollen³⁷ beachten dabei nicht ausreichend, dass die Polizei die Ausgangssperren durch Streifenfahrten durchsetzt, die feststellenden Allgemeinverfügungen der Gesundheitsämter unmittelbar zur Einhaltung verpflichten und der Verstoß zudem unmittelbare Konsequenzen in Form von Bußgeldern nach sich zieht. Auch hier ist somit ein psychischer Druck, die Maßnahme tatsächlich umzusetzen, in Form des Inaussichtstellens von Sanktionen gegeben.

III. Rechtfertigung

Kommt man nun zum Ergebnis, dass bei der nächtlichen Ausgangsbeschränkung ein Eingriff in das Grundrecht der

²⁸ Lindner, in: Schmidt, COVID-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise, 3. Aufl. 2021, § 18 Rn. 87.

²⁹ VerfGH Saarland NVwZ-RR 2020, 514 (519); Lindner, in: Schmidt (Fn. 28), § 18 Rn. 89.

³⁰ VGH München NJW 2021, 178 (182); ähnlich auch OVG Lüneburg NdsVBl. 2021, 210; Lindner, in: Schmidt (Fn. 28), § 18 Rn. 89.

³¹ VerfGH Saarland NVwZ-RR 2020, 514 (518); VGH München NJW 2020, 1236 (1238); Kießling, in: Kießling (Fn. 16) IfSG § 28a Rn. 41; Kühling/Schildbach, in: Huster/Kingreen (Fn. 19), Kapitel 6 Rn. 25; Poscher, in: Huster/Kingreen (Fn. 19), Kapitel 4 Rn. 126ff.; Schmitt, Die Verfassungswidrigkeit der landesweiten Ausgangsverbote, NJW 2020, 1626 (1627); so auch schon Herzmann (Fn. 9), DÖV 2006, 678 (680); Siegel, Verwaltungsrecht im Krisenmodus, NVwZ 2020, 577 (578); Edenharter, <https://verfassungsblog.de/freiheitsrechte-ade/> (Abruf v. 08.10.2021); Schmitt, <https://verfassungsblog.de/wen-soll-das-schutzen/> (Abruf v. 06.10.2021).

³² Gusy, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 3), Art. 104 Rn. 19; Mehde, in: Maunz/Dürig (Fn. 3), Art. 104 Rn. 38.

³³ BVerfGE 94, 166 (198); BVerfG NVwZ 2011, 743 (744).

³⁴ Mehde, in: Maunz/Dürig (Fn. 3), Art. 104 Rn. 38.

³⁵ Katzenmeier, Grundrechte in Zeiten von Corona – Zugleich Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 7. 4. 2020 – 1 BvR 755/20, MedR 2020, 461 (465); Kießling, NJW 2021, 182 (183), Anm. zu VGH München, Beschl. v. 14.12.2020 – 20 NE 20.2907.

³⁶ Poscher, in: Huster/Kingreen (Fn. 19), Kapitel 4 Rn. 127.

³⁷ So aber der VGH München, NJW 2021, 178 (182).

Freiheit der Person vorliegt, so stellt sich die Frage, inwiefern dieser gerechtfertigt sein kann. Bei der unmittelbar durch Gesetz angeordneten Ausgangsbeschränkung des § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG ist im Rahmen der Rechtfertigung bereits bei der Schranke zu erörtern, ob den Anforderungen an das freiheitsbeschränkende Gesetz der Art. 2 Abs. 2 S. 3, 104 Abs. 1 S. 1 GG entsprochen wird. Demnach darf die Freiheit der Person nur „auf Grund“ eines förmlichen Gesetzes beschränkt werden, nicht „durch“ Gesetz; § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG wirkte jedoch self-executing, bedurfte also keines weiteren Umsetzungsaktes etwa durch Verwaltungsakt oder Allgemeinverfügung. Die mittlerweile außer Kraft getretene Norm band bei Überschreiten des Inzidenzwertes unmittelbar die Bewohner des Landkreises – womit das Grundrecht nicht mehr auf Grund eines Gesetzes, sondern durch Gesetz beschränkt wurde.³⁸ Dem Gesundheitsamt oblag in diesem Fall nur eine Bekanntmachung der Überschreitung des Inzidenzwertes, eine eigene Einzelfallentscheidung inklusive Verhältnismäßigkeitsprüfung war von § 28b Abs. 1 S. 3 und 4 IfSG nicht umfasst. Die Zulässigkeit einer Freiheitsbeschränkung nur auf Grund eines Gesetzes findet ihre Begründung – jedenfalls hinsichtlich des Freiheitsgrundrechtes – darin, dass dieser Eingriff nicht bloß durch eine der drei Gewalten allein angeordnet werden können soll, sondern i.S.d. „Checks and Balances“ einer weiteren Gewalt zur Kontrolle bedarf.³⁹ Insofern lag hinsichtlich des § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG bereits eine Verfassungswidrigkeit aufgrund der Verletzung von Art. 2 Abs. 2 S. 3, 104 Abs. 1 S. 1 GG vor.

Im Hinblick auf die Schranken-Schranken tendierte die Rechtsprechung zu Beginn der Corona-Krise zunächst dazu, die Verhältnismäßigkeit nächtlicher Ausgangsbeschränkungen anzunehmen.⁴⁰ Zumeist entschieden die Gerichte allerdings aufgrund einer Folgenabwägung zugunsten der Antragsteller im einstweiligen Rechtsschutz, sodass viele der aufgeworfenen Fragen noch nicht abschließend durch Urteile geklärt sind. Die Argumentation in den Beschlüssen sah sich allerdings in der Literatur teils scharfer Kritik ausgesetzt, von „Widersprüchen“

und „Oberflächlichkeiten“ ist die Rede.⁴¹ Auch einige Gerichte gingen ab dem Frühjahr 2021 mehr und mehr dazu über, die Ausgangsbeschränkungen deutlich differenzierter und kritischer zu betrachten. Dabei wurde bereits die nur bedingte Geeignetheit der Maßnahme beanstandet, da die meisten Personen in der Nacht ohnehin das Haus nicht verließen und somit eine nennenswerte Umkehrung der steigenden Inzidenzwerte durch diese Maßnahme nicht zu erwarten sei, was entgegen der Eingriffsdogmatik im Übrigen auch als Argument gegen die Intensität des Eingriffs angeführt worden ist. Zudem sei die Studienlage zur Effektivität widersprüchlich.⁴² Ohnehin sei ein spezifisches Infektionsrisiko beim bloßen Aufenthalt außerhalb der eigenen Wohnung nicht erkennbar.⁴³ Außerdem obliegt die effektive Durchsetzung der bisherigen Kontaktbeschränkungen zunächst den Behörden, wenn es erhebliche Verstöße gegen bereits bestehende Schutzmaßnahmen wie Kontaktbeschränkungen gebe; ein zusätzliches Verbot werde nicht dazu beitragen, dass diese Personen sich sodann daran hielten, sodass es auch nicht erforderlich sei; zudem seien andere, mildere Mittel wie Betretungsverbote nicht in Betracht gezogen worden.⁴⁴

Hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne schweigen sich die meisten Entscheidungen bislang noch aus, was angesichts der bereits mangelnden Erforderlichkeit der Maßnahme und zudem im Verfahren des Eilrechtsschutzes, in dem meist eine umfassende Abwägung zeitlich und aufgrund der Aktenlage gar nicht möglich ist, nicht überrascht. Zu beachten ist bei der Prüfung der Angemessenheit, dass das Grundrecht der Freiheit der Person eine verfassungsrechtlich herausgehobene Stellung einnimmt und somit Beschränkungen hohen Ansprüchen an die Rechtfertigung genügen müssen,⁴⁵ jedoch auf der anderen Seite auch der Schutz des Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG sowie wichtige Gemeinschaftswerte wie die Volksgesundheit⁴⁶ zu beachten sind. In Anbetracht der geringen Geeignetheit im Hinblick auf den Erreger SARS-CoV-2, der breiten Betroffenheit von Nichtstörern und der Beschränkung auf Nachtzeiten, in denen ohnehin ein geringeres

³⁸ Kießling, BT-Ausschuss-Drs. 19(14)323(6), S. 8; Kingreen, BT-Ausschuss-Drs. 19(14)323(19), S. 7; Möllers, BT-Ausschuss-Drs. 19(14)323(2), S. 5; so auch schon Schmitt, Verfassungslehre, 11. Aufl. 2017, S. 152; Jarass, in: Jarass/Pieroth (Fn. 2), Vorb. Vor Art. 1, Rn. 42; Wißgott, <https://verfassungsblog.de/keine-self-executing-ausgangssperre/> (Abruf v. 07.10.2021).

³⁹ So auch Kießling, BT-Ausschuss-Drs. 19(14)323(6), S. 8.

⁴⁰ BVerfG NJW 2020, 1429; NJW 2021, 1808; VGH München NJW 2021, 178; VGH Mannheim BeckRS 2020, 36334; OVG Weimar BeckRS 2021, 5303.

⁴¹ Kießling, in: Kießling (Fn. 16), IfSG § 28a Rn. 114; Kießling (Fn. 35), NJW 2021, 182 (183).

⁴² OVG Lüneburg NdsVBl. 2021, 210; VG Hannover BeckRS 2021, 6293.

⁴³ OVG Lüneburg NdsVBl. 2021, 210; VGH München BeckRS 2021, 29086.

⁴⁴ OVG Lüneburg NdsVBl. 2021, 210; VG Hannover BeckRS 2021, 6293.

⁴⁵ Di Fabio, in: Maunz/Dürig (Fn. 3), Art. 2 Abs. 2 S. 2 Rn. 46f.

⁴⁶ BVerfGE 13, 97 (107).

Infektionsgeschehen zu erwarten ist, dürfte jedoch auch die Verhältnismäßigkeit nächtlicher Ausgangssperren zu verneinen sein.⁴⁷

D. Eigene Bewertung

Sowohl hinsichtlich der Ermächtigungsgrundlage für die Absonderungsverfügung wie auch hinsichtlich der Maßnahme der nächtlichen Ausgangssperre ist festzustellen, dass sie in ihrer gegenwärtigen Ausgestaltung einer verfassungsrechtlichen Prüfung am Freiheitsgrundrecht jedenfalls anhand der bisher entwickelten Maßstäbe nicht standhalten.

Bei der Quarantäneverfügung kommt man bei Anwendung der anerkannten Grundsätze der Rechtsprechung und Literatur zum Ergebnis, dass es sich hierbei um eine Freiheitsentziehung handelt. Mangels gesetzlich vorgesehen Richtervorbehalts ist die behördlich nach § 30 Abs. 1 IfSG angeordnete Absonderung in der aktuellen Gesetzesfassung verfassungswidrig.

Hinsichtlich der nächtlichen Ausgangsbeschränkungen hingegen wird man eine Freiheitsentziehung zwar ablehnen, eine Freiheitsbeschränkung allerdings annehmen müssen. Für diese Maßnahme bedarf es somit keines Richtervorbehalts; misst man sie allerdings am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Lichte des Freiheitsgrundrechts des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG, wird man auch hier von einer wohl verfassungswidrigen Maßnahme jedenfalls in Bezug auf SARS-CoV-2 ausgehen müssen.

Bei all der Kritik an der Politik und der bisherigen Rechtsprechung sollte beachtet werden, dass der Staat angesichts der Pandemiedynamik oftmals schwierigen Entscheidungen gegenüberstand. Das einstweilige Rechtsschutzverfahren kann die intensive und umfassende Erörterung eines so komplexen Themenfeldes wie der Corona-Pandemie in einem Hauptsacheverfahren nicht ersetzen. Es bleibt zu hoffen, dass mit dem nun fortschreitenden Erkenntnisgewinn über das SARS-CoV-2-Virus und die Krankheit COVID-19 die gerichtliche Kontrollichte weiter zunimmt und die Pandemiebekämpfung sich nun an den auch sonst üblichen verfassungsrechtlichen Maßstäben auszurichten hat. Der teils entstandene Eindruck einer „Corona-Parallel-Dogmatik“ in Bezug auf Grundrechte sollte sich nicht verfestigen.

Jurastudenten ist in Anbetracht der Dynamik der Situation

anzuraten, die Gesetzgebung und Rechtsprechung mit der gebotenen Distanz und Skepsis zu betrachten und sich bei der Lösung von Fällen mit Bezug zur Corona-Pandemie nicht an auswendig gelernten Urteilen, sondern an der hergebrachten und bewährten Grundrechtsdogmatik zu orientieren. Sie bietet verlässliche Lösungswege, die nicht von Tagespolitik und den praktischen Problemen von Eilverfahren geprägte Ergebnisse liefert, die bereits morgen nicht mehr relevant sein können.

⁴⁷ So auch Kießling, in: Kießling (Fn. 16), IfSG § 28a Rn. 43, die Ausgangsbeschränkungen bei einem Erreger wie SARS-CoV-2 für „stets unverhältnismäßig“ erachtet; ebenso Katzenmeier (Fn. 35), MedR 2020, 461 (465).