

– EILANTRAG –

Benjamin Stibi



An das

Bundesverfassungsgericht  
Schlossbezirk 3  
76131 Karlsruhe

, 15. November 2020

Ich erhebe

**Verfassungsbeschwerde**

gegen

- zu 1. – **das Unterlassen des Bundesverfassungsgerichts im Verfahren 1 BvR 755/20 sowie**
- zu 2. – **die Achte Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (8. BayIfSMV) vom 30. Oktober 2020 (BayMBl. Nr. 616, BayRS 2126-1-12-G), insbesondere die §§ 3; 5; 23 i. V. m. § 27**

wegen

**Verletzungen**

**des Rechts auf effektiven Rechtsschutz (Art. 19 IV GG),  
des Grundrechts auf Allgemeine Handlungsfreiheit  
(Art. 2 I GG),  
des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts und des Rechts auf informationelle  
Selbstbestimmung  
(Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG),  
des Grundrechts auf Gleichbehandlung (Art. 3 I GG),  
der Kunstfreiheit (Art. 5 III GG) bzw. eines „Grundrechts auf  
Kulturausübung und -genuss“**

und stelle einen

**Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung (§ 32 Abs. 1 BVerfGG).**

## **Gliederung**

|  |    |
|--|----|
| A. Vorbemerkung.....   | 3  |
| B. Zulässigkeit.....   | 4  |
| I. Beteiligten- und Prozessfähigkeit.....                            | 4  |
| II. Beschwerdegegenstand .....                                       | 4  |
| III. Beschwerdebefugnis .....  | 5  |
| IV. Rechtsschutzbedürfnis.....                                       | 6  |
| V. Eilbedürftigkeit .....  | 10 |
| VI. Form und Frist.....  | 10 |
| VII. Zwischenergebnis.....   | 10 |
| C. Begründetheit.....  | 11 |
| – zu 2. – .....  | 11 |
| I. Formelle Verfassungswidrigkeit.....                               | 11 |
| II. Materielle Verfassungswidrigkeit .....                           | 13 |
| 1. Verstöße gegen das Bestimmtheitsgebot.....                        | 13 |
| 2. Verletzung von Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG.....                 | 14 |
| 3. Verletzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung.....   | 15 |
| 4. Verletzung eines „Grundrechts auf Kulturausübung und -genuss“ ... | 16 |
| a) Ableitung aus Art. 4 I, II GG.....                                | 17 |
| b) Ableitung aus Art. 5 III 1 GG .....                               | 18 |
| c) Ableitung aus APR.....  | 20 |
| d) Ergebnis.....   | 20 |
| 5. Verletzung des Gleichbehandlungsgebots .....                      | 21 |
| 6. Verletzung von Art 2 I GG.....                                    | 22 |
| 7. Mittelbare Grundrechtseingriffe.....                              | 22 |
| 8. Unverhältnismäßigkeit der Maßnahmen .....                         | 23 |
| aa) Legitimes Ziel.....  | 23 |
| bb) Geeignetheit .....   | 23 |
| cc) Erforderlichkeit.....  | 24 |
| dd) Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit i. e. S.).....               | 27 |
| – zu 1. – .....  | 38 |
| I. Unangemessenheit der Verfahrensdauer .....                        | 38 |
| II. Beschränkung auf die Folgenabwägung im Eilverfahren .....        | 43 |
| D. Anträge .....   | 48 |

## **A. Vorbemerkung**

„Die Kultur gehört zur Identität unseres Landes.“<sup>1</sup>

– Bundeswirtschaftsminister Altmaier im ARD-Morgenmagazin 28.10.20

Wir Deutschen sehen uns zurecht voller Stolz als Kulturnation, als „Land der Dichter und Denker“. Schmerzvoll haben wir erfahren müssen, dass Kultur gerade in der dunkelsten Stunde Hoffnung spenden und uns in eine bessere Zukunft führen kann. Die andauernde Covid-19-Pandemie stellt alle gesellschaftlichen Bereiche vor beispiellose Herausforderungen. Doch gerade die Kulturschaffenden und -genießenden müssen durch ein pauschales Verbot und die Schließung ihrer Werkstätten momentan besonders leiden.

Ich habe bereits im März Verfassungsbeschwerde gegen die damaligen Ausgangsbeschränkungen eingereicht. Zu dieser Zeit schienen Politik und Gesellschaft kollektiv in Panik verfallen zu sein, weswegen ich darauf hinwirken wollte, dass durch die gut gemeinten, aber in dieser Weise seit 1949 nie dagewesenen Grundrechtseingriffe die Rechtsstaatlichkeit nicht dem Streben nach Infektionsschutz zum Opfer fällt. Auch wenn das Bundesverfassungsgericht Anfang April ablehnend über meinen Eilantrag entschieden hat, wurde deutlich, dass unser Rechtssystem robust und leistungsfähig ist. Die Gerichte genießen als Gegenspieler zur handlungsfreudigen Exekutive großes Ansehen in der Bevölkerung. Trotzdem ist auffällig, dass über wesentliche Corona-Maßnahmen bisher nur im Eilverfahren entschieden worden ist. Eine Grundsatzentscheidung in der Hauptsache steht auch in meinem Verfahren noch aus.

Nachdem sich die Öffentlichkeit eine „Sommer-Pause“ von der Pandemie gegönnt hat, stiegen die Infektionszahlen seit Herbstbeginn wieder stetig, in letzter Zeit sogar bedrohlich exponentiell an. Parallel dazu wurden auch die Maßnahmen nach weitreichenden Lockerungen im Sommer wieder verschärft. Inzwischen sind wir wieder an dem Punkt angelangt, bei dem ich im März das Bundesverfassungsgericht angerufen hatte: Es gibt einen kollektiven Aufschrei nach stärkeren Maßnahmen, der Zweck scheint die Mittel zu heiligen. Der Begriff „Wellenbrecher-Lockdown“ sagt schon alles aus: Wir scheinen in einem wiederkehrenden Zyklus gefangen zu sein. Damit Politik und Gesellschaft lernen können, trotz Pandemie zu atmen, und nicht alle paar Wochen panisch nach Luft ringen müssen, ist ein Strategiewechsel erforderlich. Es muss langfristig ein ausgewogeneres Gleichgewicht zwischen Gesundheitsschutz und Grundrechten gefunden werden. Aber das geht nur mit Rechtssicherheit. Das Bundesverfassungsgericht als Hüter der Verfassung muss klar vorgeben, ab wann die Grenze zur Verfassungswidrigkeit überschritten ist. So braucht man nicht mehr wertvolle Ressourcen mit Überlegungen über landesweite „Lockdowns“ oder anderweitige Extremen, die das Grundgesetz als freiheitsliebende Verfassung ohnehin nicht zulässt, zu verschwenden, sondern kann sich stattdessen auf die effektivste Umsetzung derjenigen Maßnahmen konzentrieren, die von unserem Rechtsstaat gedeckt sind. Da das

---

<sup>1</sup> Vgl. [https://rp-online.de/panorama/coronavirus/corona-pandemie-altmaier-will-kuenstlern-und-solosebststaendigen-finanziell-helfen\\_aid-54284817](https://rp-online.de/panorama/coronavirus/corona-pandemie-altmaier-will-kuenstlern-und-solosebststaendigen-finanziell-helfen_aid-54284817).

Bundesverfassungsgericht nicht in Eigeninitiative tätig werden kann, sondern eine Gelegenheit dafür braucht, erhebe ich hiermit erneut Verfassungsbeschwerde.

Eine erfolgreiche Pandemiebekämpfung kommt nicht ohne Grundrechtseinschränkungen aus. Das Gewaltenteilungsprinzip erfordert jedoch, dass auf einen eiligen Verordnungsgeber auch eine rasche Gerichtskontrolle folgt. Die zeitlichen Maßstäbe des Normalzustands können nicht auf eine Pandemielage übertragen werden. Dadurch wäre wirksamer Rechtsschutz nicht mehr gewährleistet. Daher rüge ich nachfolgend als verfassungswidrig, dass bisher noch keine Entscheidung in der Hauptsache meiner ersten Verfassungsbeschwerde ergangen ist. Ich werde erläutern, dass dieses Verfahren hätte vorrangig behandelt werden müssen. Weiterhin werde ich mich mit den Unzulänglichkeiten einer reinen Folgenabwägung im Eilverfahren auseinandersetzen und vorzugswürdige Alternativen aufzeigen.

Die aktuellen Corona-Maßnahmen, mit denen erstmalig bundesweite Einheitlichkeit geschaffen werden konnte und die in Bayern durch die 8. BayIfSMV umgesetzt werden, lassen aufgrund ihres ganzheitlichen Konzepts das Problem der §§ 28, 32 IfSG als mangelhafte Ermächtigungsgrundlage besonders deutlich erscheinen. Darüber hinaus decken sie eine Lücke im deutschen Grundrechtskatalog auf: Es fehlt an einem „Grundrecht auf Kulturausübung und –genuss“, das der Kultur die verdiente verfassungsrechtliche Anerkennung verschafft und sie auf eine Ebene mit der Kunst- und Religionsfreiheit stellt. Dieses subjektive Recht, das sein Vorbild in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte findet, werde ich versuchen, anhand bereits anerkannter Grundrechte abzuleiten.

Im Ergebnis habe ich dem Bundesverfassungsgericht dann eine Verfassungsbeschwerde zur drastischsten aller bisherigen Corona-Maßnahmen, der bayerischen Ausgangsbeschränkung, sowie zur scheinbar mildereren Variante, der Allgemeinen Kontaktbeschränkung, vorgelegt. Die absolute Grenze, von der ich eingangs geschrieben habe, wird bezüglich der Intensität der Grundrechtseingriffe vermutlich irgendwo dazwischen zu ziehen sein. Daneben müssen jedoch auch noch andere Kriterien berücksichtigt werden wie die Dauer, die Art der betroffenen Grundrechte, eine Beeinträchtigung ihres Wesensgehalts, mögliche Alternativen sowie die Adressaten der Eingriffe („Nicht-Störer“ vs. „Störer“). Dass diese Grenze durch die 8. BayIfSMV aber schon in greifbare Nähe gerückt ist, obwohl die Lage in den Gesundheitsämtern zwar ernst, aber nicht katastrophal ist, zeigt meiner Meinung nach die Verfassungswidrigkeit der aktuellen Maßnahmen.

## **B. Zulässigkeit**

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig.

### **I. Beteiligten- und Prozessfähigkeit**

Als natürliche, volljährige Person (geb. [REDACTED]) sowie deutscher Staatsbürger und somit Träger von Grundrechten bin ich nach § 90 I BVerfGG sowohl beschwerde- als auch prozessfähig.

### **II. Beschwerdegegenstand**

Am 21. März 2020 habe ich beim Bundesverfassungsgericht Verfassungsbeschwerde gegen

- die Bayerische Verordnung über Infektionsschutzmaßnahmen anlässlich der Corona-Pandemie (Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung - BayIfSMV) vom 27. März 2020 2126-1-4-G, 2126-1-5-G (BayMBI 2020 Nr. 158),
- die Bayerische Verordnung über eine vorläufige Ausgangsbeschränkung anlässlich der Corona-Pandemie vom 24. März 2020, 2126-1-4-G (BayMBI 2020 Nr. 130),
- die Allgemeinverfügung des Bayerischen Staatsministeriums für Gesundheit und Pflege vom 20. März 2020 - Z6a-G8000 -2020/122-98 -,
- und die Allgemeinverfügung des Bayerischen Staatsministeriums für Gesundheit und Pflege und des Bayerischen Staatsministeriums für Familie, Arbeit und Soziales vom 16. März 2020 - 51-G8000- 2020/122-67 -, geändert durch Allgemeinverfügung vom 17. März 2020 - Z6a-G8000-2020/122-83 –

erhoben und einen Eilantrag eingereicht. Über den Eilantrag wurde mit Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 07. April 2020 - 1 BvR 755/20 - entschieden. Eine Entscheidung in der Hauptsache steht immer noch aus.

Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts gehören nicht zu den Akten öffentlicher Gewalt i. S. d. § 90 I BVerfGG, die im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde angegriffen werden können.<sup>2</sup> Richterliches Unterlassen ist als Beschwerdegegenstand jedoch denkbar, wenn ein Gericht nicht innerhalb des gebotenen Zeitraums über den Antrag einer beschwerdeführenden Person entscheidet.<sup>3</sup> Diese Untätigkeit ist als Ausübung öffentlicher Gewalt statthafter Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde.<sup>4</sup> Vorliegend geht es mir nicht darum, eine bereits getroffene Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts in Frage zu stellen und somit die Bindungswirkung des § 31 BVerfGG zu untergraben, wodurch Rechtsunsicherheit entstehen würde.<sup>5</sup> Stattdessen richtet sich diese Verfassungsbeschwerde zu 1. dagegen, dass eben noch nicht in der Hauptsache von 1 BvR 755/20 entschieden worden ist.

Die Verfassungsbeschwerde richtet sich zu 2. gegen einen konkreten Akt der öffentlichen Gewalt, nämlich die von der Bayerischen Staatsregierung erlassene Achte Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (8. BayIfSMV) vom 30. Oktober 2020 (BayMBI. Nr. 616, BayRS 2126-1-12-G), insbesondere die §§ 3, 5, 23 i. V. m. § 27.

Somit liegen taugliche Beschwerdegegenstände nach § 90 I BVerfGG vor.

### **III. Beschwerdebefugnis**

Meine Beschwerdebefugnis zu 1. ergibt sich daraus, dass es zumindest möglich erscheint, dass ich durch das Unterlassen des Bundesverfassungsgerichts, eine zeitnahe Entscheidung in der Hauptsache meines vorherigen Verfassungsbeschwerdeverfahrens zu treffen, in meinem Recht auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 IV GG verletzt worden bin. Als Beschwerdeführer im Verfahren 1 BvR 755/20 bin ich durch dieses Unterlassen selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen.

---

<sup>2</sup> Vgl. BeckOK BVerfGG/C. Grünewald, 9. Ed. 1.1.2020, BVerfGG § 90 Abs. 1 Rn. 59.

<sup>3</sup> Ebd. Rn. 70.

<sup>4</sup> Vgl. Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge/Bethge, 60. EL Juli 2020, BVerfGG § 90 Rn. 246a.

<sup>5</sup> Vgl. BVerfGE 1, 90 – NJW 1952, 59.

Ferner bin ich zu 2. beschwerdebefugt, da eine Verletzung meiner auf der Titelseite aufgeführten Grundrechte durch die Bayerische Staatsregierung zumindest möglich erscheint und ich davon auch selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen bin. Die 8. BayIfSMV gilt nämlich ohne weiteren Vollzugsakt seit ihrem Inkrafttreten am 02. November 2020 für alle BürgerInnen Bayerns und somit auch für mich am Tag der Einreichung dieser Verfassungsbeschwerde.

An dieser Stelle wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Ausführungen in der Begründetheit verwiesen. Dort gehe ich auch ganz konkret auf die unmittelbaren Verletzungen meiner eigenen Grundrechte ein. Sofern ich mich vereinzelt auf die Grundrechtsverletzungen anderer Personen beziehe, geschieht das lediglich, um für die Zulässigkeit und Begründetheit meiner eigenen Verfassungsbeschwerde zu argumentieren.

#### **IV. Rechtsschutzbedürfnis**

##### **– zu 1. – Kein anderer Rechtsweg zulässig**

Nach § 90 II 1 BVerfGG kann eine Verfassungsbeschwerde grundsätzlich erst nach Erschöpfung des Rechtswegs erhoben werden, wenn gegen die Verletzung der Rechtsweg zulässig ist.

Zu 1. ergibt sich schon aus der Natur der Sache, dass ich keinen anderen Rechtsweg beschreiten kann. Zwar sind Allgemeine Leistungsklagen<sup>6</sup> und Amtshaftungsklagen<sup>7</sup> gegen das Bundesverfassungsgericht vor den Verwaltungs- und Zivilgerichten möglich – allerdings nur, wenn es um administrative Angelegenheiten geht, da das Bundesverfassungsgericht in solchen nach § 1 III BVerfGG i. V. m. § 19 BVerfGG-GO mit den obersten Bundesbehörden gleichzustellen ist<sup>8</sup>. Vorliegend möchte ich allerdings keinen Schadensersatz erreichen, sondern die – im Verhältnis zur Intensität der Grundrechtseingriffe – überlange Dauer meines Hauptsacheverfahrens als verfassungswidrig rügen und dadurch i. S. v. § 95 I 2 BVerfGG das Ergehen einer Entscheidung bzgl. der Hauptsache von 1 BvR 755/20 herbeiführen. Mein Anliegen richtet sich somit gegen das Bundesverfassungsgericht in seiner Stellung als Verfassungsgericht und nicht als Verwaltungsbehörde. Als Verfassungsorgan und Verfassungsgericht, dessen Entscheidungen nach § 31 I BVerfGG auch alle Gerichte binden, unterliegt das Bundesverfassungsgericht selbst keiner nationalen gerichtlichen Kontrolle. Somit ist es ausgeschlossen, dass ein anderes Gericht über die Angemessenheit der Dauer eines Verfahrens beim Bundesverfassungsgericht entscheidet.<sup>9</sup>

Weiterhin kann ich nicht auf die Erhebung einer Verzögerungsbeschwerde verwiesen werden. Diese ist nach § 97b I 2 BVerfGG erst zulässig, wenn eine Verzögerungsrüge eingelegt wurde, was wiederum nach § 97b I 4 BVerfGG frühestens zwölf Monate nach Eingang des Verfahrens beim Bundesverfassungsgericht möglich ist. Bisher sind seit Eingang meines

---

<sup>6</sup> Vgl. Urteil des VGH Mannheim vom 7. Mai 2013 – 10 S 281/12.

<sup>7</sup> Vgl. LG Karlsruhe, Januar 2020, <https://www.berliner-zeitung.de/politik-gesellschaft/eine-berlinerin-verklagt-das-hoechste-deutsche-gericht-wegen-untaetigkeit-li.4779>.

<sup>8</sup> Vgl. Urteil des VGH Mannheim vom 7. Mai 2013 – 10 S 281/12, S. 14 (Ausfertigung).

<sup>9</sup> Vgl. BT-Drs. 17/3802, S. 27; Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge/Haratsch, 60. EL Juli 2020, BVerfGG § 97c Rn. 1.

Verfahrens (21.03.2020, 0:18 Uhr) jedoch „erst“ siebeneinhalb Monate vergangen. Somit wäre eine Verzögerungsbeschwerde unzulässig.

Ich habe in Erwägung gezogen, eine Verzögerungsrüge analog § 97b I 3 BVerfGG zu erheben. Allerdings dient dieses Verfahren nach § 97a BVerfGG in erster Linie der Geltendmachung einer Entschädigungsforderung und bewirkt höchstens mittelbar die von mir angestrebte Verfahrensbeschleunigung.<sup>10</sup> Weiterhin war ich mir bzgl. der Formerfordernisse unsicher. Auch ein Anruf bei der Kontaktstelle des Bundesverfassungsgerichts am 06.11.2020 konnte mir dabei nicht weiterhelfen. Schließlich hatte ich die Befürchtung, dass aufgrund der hohen Arbeitslast der BundesverfassungsrichterInnen und weil bestimmt viele Beschwerdeführer Anfragen zur Beschleunigung ihres Verfahrens stellen, meine Rüge unbeachtet bliebe oder zumindest mit niedriger Priorität behandelt werde, nachdem sie sich nicht einer im BVerfGG oder in der BVerfG-GO festgelegten Antragsart zuordnen lässt und somit kein reguliertes Verfahren in Gang gesetzt werden würde. Es handelt sich ja nicht um eine informative „Anfrage“ zu einem anhängigen Verfahren i. S. d. § 63 I a BVerfG-GO, aber sehr wohl um ein Anliegen innerhalb der Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts (§ 63 I b BVerfG-GO e contrario). Auch die Beispiele des § 63 II BVerfG-GO erschienen mir nicht einschlägig. Meine Sorgen wurden bestärkt durch die Erfahrung, dass ich am 10. April schon einmal so ein „nicht-kategorisierbares“ Schreiben an das Bundesverfassungsgericht geschickt (es ging um einen kleinen Fehler in der Pressemitteilung zu meinem Eilantrag) und keine Reaktion darauf erhalten hatte. Für mich ist aber wegen der aus der Unterlassung mittelbar und aus der 8. BayIfSMV unmittelbar resultierenden Grundrechtsverletzungen eine zeitnahe Entscheidung von großer Bedeutung. Außerdem wollte ich vermeiden, dass wie im März wertvolle Zeit durch ein Hin und Her auf dem (im „Lockdown Light“ wieder überlasteten) Postweg verstreicht, weil die Einordnung meines Antrags erst geklärt werden muss. Daher habe ich mich schließlich zur Erhebung einer neuen Verfassungsbeschwerde als „ultima ratio“ entschieden.

Bzgl. 1. ist somit kein vorheriger Rechtsweg zulässig und die Verfassungsbeschwerde kann sofort erhoben werden.

## – zu 2. – Ausnahme vom Grundsatz der Subsidiarität

Das Bundesverfassungsgericht kann nach § 90 II 2 BVerfGG über eine vor Erschöpfung des Rechtswegs eingelegte Verfassungsbeschwerde sofort entscheiden, wenn sie von allgemeiner Bedeutung ist oder wenn dem Beschwerdeführer ein schwerer und unabwendbarer Nachteil entstünde, falls er zunächst auf den Rechtsweg verwiesen würde.

Die Verfassungsbeschwerde ist von **allgemeiner Bedeutung**, weil sie die Klärung grundsätzlicher verfassungsrechtlicher Fragen erwarten lässt und über den Fall des Beschwerdeführers hinaus zahlreiche gleich gelagerte Fälle praktisch mitentschieden werden.<sup>11</sup> Die Klärung der Frage, ob die 8. BayIfSMV Bestand hat, betrifft eine Vielzahl an gleichgelagerten Fällen<sup>12</sup> (über 13 Millionen Normadressaten) und hat erheblichen Einfluss

---

<sup>10</sup> Vgl. auch BT-Drs. 17/3802, S. 43.

<sup>11</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 07. Oktober 2003 - 1 BvR 1712/01 -, Rn. 68, [http://www.bverfg.de/e/rs20031007\\_1bvr171201.html](http://www.bverfg.de/e/rs20031007_1bvr171201.html).

<sup>12</sup> Vgl. BVerfGE 97, 309.

auf das Alltagsleben der Bayern. Eine Vorabentscheidung des Bundesverfassungsgerichts würde somit eine im allgemeinen Interesse liegende Klarheit schaffen.<sup>13</sup> Auch ob allgemeine Kontaktbeschränkungen und die weiteren Grundrechtseingriffe in dieser Dimension verfassungsgemäß sind, wurde vom Bundesverfassungsgericht noch nicht in der Hauptsache behandelt. Angesichts der unterschiedlichen oberverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung erfordert es nicht nur für die Bürger, sondern auch für die Exekutive, Legislative und Judikative verfassungsrechtliche Rechtssicherheit, die durch eine Entscheidung in der Hauptsache von 1 BvR 755/20 und dieser Verfassungsbeschwerde geschaffen werden kann.

**Schwere und nachweisbare Nachteile** liegen bei einem besonders intensiven Grundrechtseingriff vor, der auch bei späterem Erfolg eines Rechtsmittels nicht mehr beseitigt werden könnte, also irreparabel ist.<sup>14</sup>

Nachdem die angegriffenen Paragraphen der 8. BayIfSMV bußgeldbewehrt sind (§ 27), kommt es zu Eingriffen in eine Vielzahl an Grundrechten, die auch von besonderer Intensität sind. Veranstaltungen wurden landesweit untersagt, soziale Begegnungen stark reduziert und Kulturausübung ist nur noch auf einem absoluten Minimum möglich. Durch diese Beschränkungen kommt es wieder zu „erheblichen und voraussichtlich teilweise auch irreversiblen sozialen, kulturellen und wirtschaftlichen Folgen“.<sup>15</sup> Mit jeder Sekunde, die die 8. BayIfSMV in Kraft ist, mehren sich die Grundrechtseingriffe bei Millionen bayerischer BürgerInnen. Diese können auch bei einem späteren Erfolg eines Rechtsmittels nicht mehr beseitigt werden.

Jedenfalls hat der Bayerische Verwaltungsgerichtshof einen Eilantrag gegen die §§ 13 I, 14 I der auch hier streitgegenständlichen 8. BayIfSMV mit Beschluss vom 05.11.2020 abgelehnt (20 NE 20.2468). Am 06.11.2020 wurde ein weiterer Eilantrag, der gegen §§ 3 I, 11 VI gerichtet war, mit ähnlicher Argumentation wie die erste Entscheidung abgelehnt. Der Beschluss (20 NE 20.2466) wurde noch nicht veröffentlicht, konnte aber von mir angefordert werden (siehe Anhang 1). Die Betriebsschließungen im Hotel- und Gaststättengewerbe sowie die Schließung von Schwimmbädern sind aufgrund der Strategie der Kontaktreduzierung und der daraus resultierenden allgemeinen Kontaktbeschränkungen erfolgt. Darauf beruhen auch das von mir gerügte Veranstaltungsverbot sowie die Schließung von Kulturstätten. Auch aus dem Grundtenor aller bisherigen BayVGH-Entscheidungen zu Corona-Maßnahmen ergibt sich, dass er aufgrund der Folgenabwägung nicht gewillt ist, einen grundsätzlichen Verfassungsverstoß einzuräumen und wesentliche Teile der IfSMV außer Kraft zu setzen.<sup>16</sup> Somit ist nicht davon auszugehen, dass sich die Ansicht des Senats bei einer erneuten Klage ändern würde.

Dem steht auch nicht entgegen, dass der VGH am 12.11.2020 erstmalig einem Eilantrag gegen die 8. BayIfSMV teilweise stattgegeben hat (20 NE 20.2463). Denn an seiner

---

<sup>13</sup> Vgl. BVerfGE 84, 116; Pandemie als allgemeine Bedeutung: Nicolas Harding, Was würde das BVerfG sagen?, JuWissBlog Nr. 51/2020 v. 08.04.2020, <https://www.juwiss.de/51-2020/>.

<sup>14</sup> Vgl. Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge/Bethge, 57. EL Juni 2019, BVerfGG § 90 Rn. 399.

<sup>15</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 07. April 2020 - 1 BvR 755/20 -, Rn. 9.

<sup>16</sup> Vgl. <https://www.vgh.bayern.de/bayvgh/oeffentl/pm/index.php>.

Rechtsauffassung zu den allgemeinen Kontaktbeschränkungen und grundlegenden Überlegungen zur Folgenabwägung hat er dabei festgehalten (Rn. 30-34). Die vollständige Schließung von Fitnessstudios verstößt nach Ansicht des Gerichts allerdings gegen den Gleichheitsgrundsatz, da der Verordnungsgeber bei Erlass der Einschränkungen davon ausgegangen ist, dass Individualsport im genannten Umfang zulässig bleiben solle und die explizite Benachteiligung der Fitnessstudios in § 10 IV somit grundlos ist. Im Gegensatz dazu hat der Verordnungsgeber aber „konsequent“ alle Kulturstätten und Freizeiteinrichtungen geschlossen und Veranstaltungen untersagt. Das Pendant dieser Entscheidung zu meinem Anliegen wäre, wenn Opern für genau einen Hausstand öffnen dürften, mir als Theaterbetreiber<sup>17</sup> das jedoch untersagt wäre. Mein Anliegen zu 2. richtet sich aber nicht gegen eine Ungleichbehandlung innerhalb eines verfassungsrechtlich (höchstens durch Art. 2 I GG) mittelbar geschützten Bereichs wie den Sport, sondern zum Teil gegen die Ungleichbehandlung verfassungsrechtlich unmittelbar geschützter Bereiche und darüber hinaus noch gegen gewichtige andere Grundrechtseinschränkungen. Diese basieren allesamt auf den allgemeinen Kontaktbeschränkungen, die der BayVGH nach wie vor für nicht genügend offensichtlich verfassungswidrig hält, um einem Eilantrag stattzugeben (erneut betont in Rn. 34). In der Entscheidung vom 06.11. hat er auch die landesweite Schließung von Freizeiteinrichtungen als voraussichtlich nicht unverhältnismäßig bewertet (Rn. 26). Diesen Umstand verkennt das Bundesverfassungsgericht in seiner Beurteilung der Rechtswegerschöpfung im Verfahren 1 BvR 2530/20 (Beschluss vom 11.11.2020). Es ist nicht zu erwarten, dass eine erneute fachgerichtliche Prüfung neue Gesichtspunkte hervorbringen oder zu einer anderen Beurteilung der Rechtslage durch den BayVGH führen würde.<sup>18</sup>

Wie das Bundesverfassungsgericht bereits in meinem ersten Verfassungsbeschwerdeverfahren festgestellt hat, wäre es vor diesem Hintergrund **unzumutbar**, von mir zu erwarten, dass ich zwar nun in eigener Sache, aber zu identischen Rechtsfragen um Eilrechtsschutz beim VGH nachsuchen würde. Jedenfalls insoweit wäre in der zur Verfügung stehenden Zeit die vorherige Anrufung der Fachgerichte derzeit offensichtlich sinn- und aussichtslos.<sup>19</sup> Die Verfassungsbeschwerde oder Popularklage zum Landesverfassungsgericht zählen nicht zu dem zu erschöpfenden Rechtsweg.<sup>20</sup>

Damit steht der Grundsatz der Subsidiarität meiner Verfassungsbeschwerde nicht entgegen.

---

<sup>17</sup> Klarstellung: Ich bin kein Theaterbetreiber; das ist bloß ein Beispiel.

<sup>18</sup> Vgl. BVerfGE 97, 309.

<sup>19</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 07. April 2020 - 1 BvR 755/20 -, Rn. 4.

<sup>20</sup> Vgl. BeckOK BVerfGG/Niesler, 9. Ed. 1.7.2020, BVerfGG § 90 Abs. 2 Rn. 77 m. w. N.

## **V. Eilbedürftigkeit**

Nach § 32 I kann das Bundesverfassungsgericht eine einstweilige Anordnung erlassen, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen Grund zum gemeinen Wohl dringend geboten ist.

Wie bei dem Punkt des Rechtsschutzbedürfnisses dargelegt, entstehen mir und allen anderen BürgerInnen Bayerns schwere, teils irreversible Nachteile, wenn wir abwarten müssten, bis die Entscheidung in der Hauptsache ergeht. Jede Zwangspause stellt für die Kultur eine Existenzgefährdung dar, da sie von einem stetigen geistigen Austausch lebt. Die immateriellen Schäden für den Fortschritt der Gesellschaft sind enorm, wenn das kulturelle Leben zum Erliegen kommt. Eine offene, vielfältige und freiheitliche Gesellschaft braucht künstlerische Inspiration und kulturelles Leben – gerade in einer Krise wie dieser. Es bedarf der Stimmen der Künstlerinnen und Künstler im gesellschaftlichen Diskurs. Es braucht kulturelle Orte, an denen eine demokratische Gesellschaft verhandeln kann, wie sie künftig leben will. Und es sind Angebote nötig, die Abwechslung und Entspannung bieten.<sup>21</sup> Auch das wirtschaftliche Überleben einer gesamten Branche, die an der Kulturausübung und ihrem Genuss hängt, ist bedroht. Somit ist eine einstweilige Anordnung auch zum gemeinen Wohl geboten.

Bezüglich des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung besteht auch eine Ausnahme vom Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache, da eine Entscheidung in der Hauptsache zu spät käme und mir wie oben dargelegt in anderer Weise Rechtsschutz nicht gewährt werden könnte.<sup>22</sup>

## **VI. Form und Frist**

Die Verfassungsbeschwerde ist nach § 23 I BVerfGG formgerecht, da sie schriftlich eingereicht und nach § 92 BVerfGG hinreichend begründet wurde.

Eine Verfassungsbeschwerde, die sich gegen ein Unterlassen eines Gerichts richtet, ist unbefristet zulässig, solange die Unterlassung andauert.<sup>23</sup> Nachdem noch keine Entscheidung in der Hauptsache von 1 BvR 755/20 ergangen ist, dauert die Unterlassung an und die Verfassungsbeschwerde wurde zu 1. fristgerecht eingereicht.

Da seit Inkrafttreten der 8. BayIfSMV erst zwei Wochen vergangen sind, ist sie auch zu 2. nach § 93 I BVerfGG fristgerecht.

## **VII. Zwischenergebnis**

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig.

---

<sup>21</sup> Vgl. <https://www.vorwaerts.de/artikel/corona-neuer-kultur-lockdown-unbedingt-vermieden>.

<sup>22</sup> Vgl. BVerfGE 108, 40.

<sup>23</sup> Vgl. Lechner/Zuck, 8. Aufl. 2019, BVerfGG § 93 Rn. 24 m. w. N.

## C. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, da die gerügten Grundrechtseingriffe formell und materiell verfassungswidrig sind.

– zu 2. –

§ 3 I, II i. V. m. § 27 Nr. 1, Nr. 2 der 8. BayIfSMV verbietet mir, mich mit mehreren Freunden gleichzeitig zu treffen oder in der Öffentlichkeit zu „feiern“. In Zusammenhang mit den §§ 5, 23 i. V. m. § 27 Nr. 3, Nr. 4, Nr. 17 untersagen mir die Kontaktbeschränkungen auch jegliche Orchesteraktivitäten, insbesondere das gemeinsame Proben oder Aufführen. Insgesamt wird mein Sozial- und Kulturleben durch die 8. BayIfSMV stark eingeschränkt.

## I. Formelle Verfassungswidrigkeit

Die 8. BayIfSMV wurde auf Grund des § 32 S. 1 IfSG (zuletzt geändert durch Gesetz vom 19. Juni 2020) erlassen. Dieser ermächtigt die Landesregierungen, unter den Voraussetzungen, die für die Maßnahmen nach den §§ 28 bis 31 maßgebend sind, auch durch Rechtsverordnungen entsprechende Gebote und Verbote zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten zu erlassen. Die für diese Pandemie relevanten Teile des § 28 I lauten:

„Werden Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider festgestellt [...], so trifft die zuständige Behörde die notwendigen Schutzmaßnahmen, insbesondere die in den §§ 29 bis 31 genannten, soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist; sie kann insbesondere Personen verpflichten, den Ort, an dem sie sich befinden, nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen zu verlassen oder von ihr bestimmte Orte oder öffentliche Orte nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen zu betreten. Unter den Voraussetzungen von Satz 1 kann die zuständige Behörde Veranstaltungen oder sonstige Ansammlungen von Menschen beschränken oder verbieten [...].“

Aus dem rechtsstaatlichen Rechtsbindungsgebot aller staatlichen Gewalten wird der Vorbehalt des Gesetzes abgeleitet. Nach der in diesem Zusammenhang vom Bundesverfassungsgericht entwickelten **Wesentlichkeitstheorie** müssen die wesentlichen Entscheidungen vom Parlament selbst getroffen werden. Der Wesentlichkeitsbegriff stellt auf die Intensität der Betroffenheit der Grundrechte, die Größe des Adressatenkreises und die Dauer der Festlegung ab. Vor diesem Hintergrund kann kein ernster Zweifel daran bestehen, dass an Intensität und Umfang beispiellose Grundrechtseingriffe, wie sie in der Corona-Krise stattgefunden haben, als wesentlich anzusehen sind. Diesem **Parlamentsvorbehalt** genügt der § 32 IfSG, der die Kumulierung von Grundrechtseingriffen von hoher Intensität ohne nähere Vorgaben dem Verordnungsgeber überlässt, eben nicht. Zusätzlich sollten sich die Verordnungen nach dem Gewaltenteilungsprinzip und der Wesentlichkeitstheorie eigentlich auf die bloße Umsetzung und Konkretisierung eines vom Parlament verabschiedeten Regelungsprogramms beschränken. Stattdessen regelt und gestaltet die 8. BayIfSMV zahlreiche Lebensbereiche mit unterschiedlicher Reichweite neu und schafft so ein zwar temporäres, aber eigenständiges Sonderrechtsgebiet. Verfassungsrechtlich haltbar wäre dieses Vorgehen bloß, wenn die Länder von der Möglichkeit des Art. 80 IV GG Gebrauch machen

würden und statt der Rechtsverordnung ein landesparlamentarisches Gesetz erlassen würden,<sup>24</sup> was in Bayern aber nicht geschehen ist.

Art. 80 I 2 GG bestimmt weiterhin, dass Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetz angegeben werden müssen. Die „Programmformel“ des Bundesverfassungsgerichts sieht vor, dass sich anhand des ermächtigenden Gesetzes bestimmen lassen muss, welches gesetzgeberisch vorgezeichnete Programm in der Verordnung umgesetzt oder erreicht werden soll. Der § 32 IfSG gibt in seiner Ausgestaltung als Generalklausel jedoch gerade kein konkretes Programm vor. Die „Vorhersehbarkeitsformel“ besagt, dass der Normadressat der Rechtsverordnung bereits aus dem ermächtigenden Gesetz ersehen können muss, in welchen Fällen und wie von der Ermächtigung Gebrauch gemacht wird und welchen (möglichst konkreten) Inhalt die Verordnung haben wird.<sup>25</sup> Als Zweck lässt sich zwar die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten aus den §§ 28 bis 32 IfSG ableiten, doch wann und wie die Landesregierungen von ihrer Ermächtigung Gebrauch machen dürfen, ist für den Bürger nicht erkennbar. Dass überhaupt allgemeine Kontaktbeschränkungen auf der Basis des § 28 I 2 IfSG erlassen werden können, ist anzuzweifeln, denn darin heißt es nur, dass die Behörde „Veranstaltungen oder sonstige Ansammlungen von Menschen“ verbieten kann. § 28 I 2 IfSG aF ließ Ausgangs- bzw. Betretungsverbote nur solange zu, „bis die notwendigen Schutzmaßnahmen durchgeführt worden sind“. Ursprünglich war die „sonstige Ansammlung“ auch noch auf eine „größere Anzahl von Menschen“ spezifiziert. Nachdem durch die Änderung des § 28 IfSG laut Bundestagsbegründung nur „Normenklarheit“<sup>26</sup> geschaffen werden sollte, aber keine inhaltliche Änderung vorgesehen war, müsste der frühere Sinn fortgelten.<sup>27</sup> Ein geplantes Treffen eines Freundeskreises kann nicht wirklich als „Veranstaltung“ oder „Ansammlung einer größeren Anzahl an Menschen“ gewertet werden. Jedenfalls ergibt sich für den durchschnittlichen Bürger aus dem § 28 IfSG ganz sicher nicht, dass das gesellschaftliche Leben (auch von Nicht-Kranken) so sehr heruntergefahren wird, dass keinerlei kulturelle Aktivitäten und nur noch Treffen zwischen zwei Hausständen möglich sind.<sup>28</sup> Der Wortlaut des § 28 I IfSG klingt auch immer noch so, als ob es vorrangig darum ginge, die Gesellschaft vor den Kranken zu schützen und nicht die Kranken vor der Gesellschaft, wie es aktuell wohl eher der Fall ist (Stichwort Risikogruppen).<sup>29</sup>

Selbst wenn man in § 32 IfSG eine taugliche Ermächtigungsgrundlage sieht, fordern Art. 20 III GG i. V. m. Art. 19 IV GG eine Begründungspflicht für diese Rechtsverordnungen, da es sich nicht um nur „technische Ausführungsverordnungen“ handelt, sondern um Rechtstexte, die weitreichende Grundrechtseingriffe für die Bürger entfalten und in ihrer Intensität

---

<sup>24</sup> Vgl. Pautsch/Haug, Parlamentsvorbehalt und Corona-Verordnungen – ein Widerspruch, Neue Justiz 7/2020, S. 282.

<sup>25</sup> Ebd., S. 282 f.

<sup>26</sup> Vgl. BT-Drs. 19/18111, S. 26.

<sup>27</sup> Vgl. Rixen: Gesundheitsschutz in der Coronavirus-Krise – Die (Neu-)Regelungen des Infektionsschutzgesetzes, NJW 2020, 1099.

<sup>28</sup> Vgl. Katzenmeier: Grundrechte in Zeiten von Corona, MedR 2020, 462; Schmitt: Die Verfassungswidrigkeit der landesweiten Ausgangsverbote, NVwZ 2020, 1629.

<sup>29</sup> Vgl. Klafki, Anika: Neue Rechtsgrundlagen im Kampf gegen Covid-19: Der Gesetzesentwurf zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite, VerfBlog, 2020/3/25, <https://verfassungsblog.de/neue-rechtsgrundlagen-im-kampf-gegen-covid-19/>.

Parlamentsgesetzen nicht nachstehen.<sup>30</sup> Es widerspricht dem Rechtsstaatprinzip, wenn die Bürger und auch die Gerichte mangels Begründung bei Normkontrollverfahren raten müssen, was die Regierung gemeint haben könnte.<sup>31</sup>

Der VGH München hat am 05.11.2020 „erhebliche“ Zweifel daran geäußert, ob die Maßnahmen der 8. BayIfSMV noch mit den Anforderungen des Parlamentsvorbehalts bzw. des Bestimmtheitsgebots aus Art. 80 Abs. 1 Satz 1 und 2 GG vereinbar sind. Mittlerweile würden erhebliche Grundrechtseingriffe über einen längeren Zeitraum allein durch die Exekutive erfolgen, wobei mit der Dauer der Maßnahmen und der Intensität der mit ihnen verbundenen Grundrechtseingriffe die Frage an Gewicht gewinnt, ob die Verordnungsermächtigung zugunsten der Länder in den §§ 28, 32 IfSG noch den verfassungsrechtlichen Anforderungen aus Art. 80 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 GG genügt.<sup>32</sup>

Die Corona-Verordnungen nehmen Millionen von Nicht-Störern in Anspruch. Das ist nicht prinzipiell unzulässig, bedeutet aber einen so schwerwiegenden Grundrechtseingriff, dass es einer gesetzlichen Regelung mit hinreichend präzisen materiell-rechtlichen und verfahrensrechtlichen Anforderungen bedarf.<sup>33</sup> Laut VG Hamburg ist die Untauglichkeit der Ermächtigungsgrundlage so offensichtlich, dass kein Raum für eine Folgenabwägung bleibt.<sup>34</sup>

## **II. Materielle Verfassungswidrigkeit**

### **1. Verstöße gegen das Bestimmtheitsgebot**

Auch einige Normen der 8. BayIfSMV selbst verstoßen gegen das Bestimmtheitsgebot. Für die Adressaten ist nicht klar ersichtlich, welches Verhalten erlaubt und welches ein hohes Bußgeld nach sich ziehen kann:

Zunächst stellt sich die Frage nach der Definition eines „Hausstands“ in § 3. Auch hierfür wäre eine Begründung der Verordnung sinnvoll gewesen. Laut Gesundheitsministerium via Augsburger Allgemeine würden darunter „alle Personen fallen, welche dauerhaft in einem gemeinsamen Haushalt leben“. Besucher zählten nicht dazu.<sup>35</sup> Damit ist aber z. B. nicht geklärt, wie mit Beziehungspartnern oder Studierenden zu verfahren ist, die zwar nicht immer, aber dafür regelmäßig in einer fremden Wohnung oder der Elternwohnung „leben“. Die Geltung der Kontaktbeschränkung auf „privat genutzten Grundstücke“ erscheint mir auch nicht wirklich sinnvoll: Wenn ich eine Freundin zu Besuch habe und der Postbote den Garten betreten hat, um an die Haustür zu gelangen, sind zu diesem Zeitpunkt Mitglieder von drei Hausständen auf dem Grundstück. Auch aus Infektionsschutzsicht ist es nicht nachvollziehbar, wieso bei einem großen Grundstück nicht ein Kind einen Freund im

---

<sup>30</sup> Vgl. Pautsch/Haug, Neue Justiz 7/2020, S. 285.

<sup>31</sup> Vgl. VGH München, Beschluss v. 30.03.2020 – 20 NE 20.632 (Rn.51); „Auslegung“ in VGH München, Beschluss v. 28.04.2020 – 20 NE 20.849 oder VGH München, Beschluss v. 10.11.2020 - 20 NE 20.2349, Rn. 33 ff.

<sup>32</sup> Vgl. VGH München v. 05.11.2020, 20 NE 20.2468, Rn. 11.

<sup>33</sup> Vgl. <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/corona-krise-parlament-ermaechtigung-verordnungen-verfassungsrecht-pandemie-covid-19-regieren/>.

<sup>34</sup> Vgl. VG Hamburg v. 10.11.2020, 13 E 4550/20, S. 4.

<sup>35</sup> Vgl. <https://www.augsburger-allgemeine.de/bayern/Was-gilt-eigentlich-als-Haushalt-Wir-erklaeren-Details-der-Corona-Regelung-id58391801.html>.

Vorgarten und ein anderes Kind einen anderen Freund am anderen Ende vom Garten empfangen dürfen sollte.

Für mich ist ebenfalls unverständlich, wieso § 3 II i. V. m. § 27 Nr. 2 zusätzlich das „*Feiern* auf öffentlichen Plätzen unabhängig von der Zahl der anwesenden Personen“ unter Strafe stellt. Die allgemeine Kontaktbeschränkung des § 3 I verhindert doch ohnehin schon ein Zusammenkommen von mehr als zwei Hausständen. Weiterhin kann die zuständige Kreisverwaltungsbehörde nach § 24 I Nr. 1 eine Maskenpflicht auf stark frequentierten öffentlichen Plätzen anordnen, auf denen nach § 24 Nr. 3 auch der Konsum von Alkohol zwischen 22 und 6 Uhr untersagt ist. Wenn ich mich mit einem Freund auf eine Parkbank setze und ein Bier trinke, ist das dann trotz Einhaltung der Kontaktbeschränkung eine Ordnungswidrigkeit, weil ich mit ihm „auf einem öffentlichen Platz feiere“? Ab wann ist ein Zusammenkommen eine Feier? Kann es Feiern auch ohne Alkohol geben? Es wirkt, als wäre diese Vorschrift bloß dazu gedacht, die Narrative der feiernden Jugendlichen als Treiber der Infektion zu betonen, ohne den Wirkungsbereich der Kontaktbeschränkungen in der Praxis zu erweitern. Durch lediglich deklaratorische Klarstellungen wird aber das Vertrauensinteresse der Bürger<sup>36</sup> durch zusätzliche Bußgeld-Risiken berührt. Sie müssen fürchten, dass ihr unter der ursprünglichen Norm rechtmäßiges Verhalten aufgrund des Wortlauts der deklaratorischen Norm als unrechtmäßig subsumiert werden kann.

Dass die Regierung ihre eigene Verordnung nicht versteht, wird auch am Beispiel Musikunterricht deutlich. Am 06.11. hieß es vom StMGP noch – trotz entgegenstehenden Wortlauts des § 20 II! –, dass die allgemeinen Kontaktbeschränkungen auch hierbei gelten würden; am 11.11. änderte es seine Rechtsauffassung und erlaubte den Musikunterricht mit beliebig vielen Hausständen unter Wahrung des Mindestabstands (vgl. Anhang 2). Fraglich ist auch, wieso laut der ersten Mail künstlerische Gruppen, die damit ihrer Berufsausübung nachgehen, proben dürfen, wenn doch alle Kulturstätten laut 8. BayIfSMV geschlossen sind.

Diese Unbestimmtheiten entsprechen nicht den rechtsstaatlichen Anforderungen an einen Exekutivakt mit Außenwirkung. Erschwerend kommt hinzu, dass die Auslegung dieser Begrifflichkeiten bei einer Kontrolle allein im Ermessen der Polizeibeamten liegt.

## 2. Verletzung von Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG

Der sachliche Schutzbereich des **Allgemeinen Persönlichkeitsrechts** zielt auf die Abwehr von Beeinträchtigungen der engeren persönlichen Lebenssphäre, der Selbstbestimmung und der Grundbedingungen der Persönlichkeitsentfaltung.<sup>37</sup> Es sichert jedem Einzelnen einen autonomen Bereich privater Lebensgestaltung, in dem er seine Individualität entwickeln und wahren kann.<sup>38</sup>

Der Mensch ist ein soziales Wesen, das von der selbstbestimmten Interaktion mit seinen Mitmenschen lebt. Wichtiger Bestandteil seines Soziallebens ist auch das Treffen mit mehreren Mitmenschen sowie die daraus resultierende Gruppendynamik. Diese kann bei einem Einzeltreffen mit einem Angehörigen eines anderen Hausstands nicht entstehen. Durch

---

<sup>36</sup> Vgl. Plautz, Es werde Licht (in der Gesetzgebung), rescriptum 2015/2, S. 120 m. w. N.

<sup>37</sup> Vgl. Maunz/Dürig/Di Fabio, 88. EL August 2019, GG Art. 2 Abs. 1 Rn. 147.

<sup>38</sup> Vgl. BVerfGE 35, 220; BVerfGE 79, 268.

die Kontaktbeschränkung werden auch Handlungen, die den autonomen Bereich privater Lebensgestaltung, in dem der Einzelne seine Individualität entwickeln und wahren kann, betreffen, verboten wie das gemeinschaftliche Singen und Musizieren, Wegfahren, Kochen oder Lernen. Freundesgruppen könnten dadurch langfristig auseinanderbrechen. Besuchsbeschränkungen können die persönliche Selbstbestimmung beeinträchtigen.<sup>39</sup>

Aufgrund der nach § 3 i. V. m. § 27 Nr. 1, Nr. 2 der 8. BayIfSMV bußgeldbewehrten Kontaktbeschränkung gibt es keine Möglichkeit mehr für mich, mich mit mehr als einem (nicht miteinander lebenden) Freund gleichzeitig zu treffen: Sei es zu einer gemeinsamen Auto- oder Bahnfahrt, einem gemeinsamen Spieleabend, einer Streichquartett-Probe oder auch einem gemeinsamen Spaziergang an der frischen Luft, wo das Infektionsrisiko bei Einhalten entsprechender Mindestabstände minimal ist.

Die korrekte Befolgung der Norm in der Praxis ist auch nicht alltagstauglich: Wenn man zufällig zwei Freunden über den Weg läuft, dürfte man nicht mal mehr kurz stehen bleiben und sie grüßen, weil sich zu diesem Zeitpunkt drei Hausstände „gemeinsam in der Öffentlichkeit aufhalten“ würden. Oder vor dem nach § 20 noch erlaubten Instrumentalunterricht müsste ich eigentlich erst meine Lehrerin anrufen, ob ich den Raum schon betreten darf, weil ich von außen nicht einsehen kann, ob der Schüler vor mir sich noch darin aufhält – bei Verlassen des Raumes käme er dann jedoch sowieso an mir vorbei.

### **3. Verletzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung**

Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts setzt die freie Entfaltung der Persönlichkeit unter den modernen Bedingungen der Datenverarbeitung auch den Schutz des Einzelnen gegen unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe seiner persönlichen Daten voraus.<sup>40</sup> Der Mensch muss das Recht haben, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten bestimmen zu können sowie wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden. Davon umfasst werden auch Informationen zu den persönlichen oder sachlichen Verhältnissen einer bestimmten Person.<sup>41</sup> Zwangsweise Befragungen oder sonstige zielgerichtete Ermittlungsmaßnahmen wie etwa staatliche Maßnahmen zur Informationserhebung und Identitätsfeststellung (z.B. bei Polizeikontrollen) sind als staatliche Eingriffe in dieses Recht zu werten.<sup>42</sup> Die Einhaltung der allgemeinen Kontaktbeschränkungen der 8. BayIfSMV wird durch die Polizei kontrolliert. Um feststellen zu können, ob ein Verstoß i. S. d. § 27 Nr. 1 vorliegt, müssen sie z. B. durch Befragung oder Ausweiskontrolle ermitteln, welchen und wie vielen Hausständen die betroffene Personengruppe angehört. Nachdem der Begriff Hausstand interpretationsoffen und nicht unbedingt identisch mit den Daten ist, die den Einwohnermeldeämtern bereits vorliegen, werden im Rahmen dieser Kontrolle durch den Staat neue Daten erhoben. Die

---

<sup>39</sup> Vgl. Ausarbeitung Kontaktbeschränkungen zwecks Infektionsschutz: Grundrechte, <https://www.bundestag.de/resource/blob/690718/d37f86a0d2630831d13f70f16f63911b/WD-3-079-20-pdf-data.pdf>, S. 10.

<sup>40</sup> Vgl. BVerfGE 65, 1 ff.

<sup>41</sup> Vgl. VerfGH München, Entscheidung v. 24.05.2019 – Vf. 23-VI-17 auf [gesetze-bayern.de](http://gesetze-bayern.de) Rn. 45.

<sup>42</sup> Maunz/Dürig/Di Fabio, 91. EL April 2020, GG Art. 2 Abs. 1 Rn. 175 f.

Betroffenen müssten ihr Verhältnis zueinander offenlegen.<sup>43</sup> Das gilt nicht nur für Treffen im öffentlichen, sondern auch im privaten Raum. Der Staat greift so in privateste Bereiche ein, denn über diese Auskünfte können beispielsweise Schlussfolgerungen über die sexuelle Orientierung oder den Status von Beziehungen gezogen (z. B. durch Abgleichung mit den Daten der Einwohnermeldeämter) werden.

Die Regierung ist sich scheinbar auch nicht bewusst, wie sensibel Daten zum Beziehungsstatus sind. Es geht hier um mit dem Finden und Erkennen der eigenen sexuellen Orientierung sowie mit der Sexualität und dem Sexualleben allgemein zusammenhängende Fragen der Lebensgestaltung, die der Einzelne vor dem Zugriff unbeteiligter Dritter (auch Familienangehöriger) abschirmen möchte. Als Bestandteil der Intimsphäre genießen sie laut Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die höchste Schutzintensität, sind unantastbar und der Einwirkung der öffentlichen Gewalt entzogen. Selbst überwiegende Interessen der Allgemeinheit können einen Eingriff in diesen absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung nicht rechtfertigen.<sup>44</sup>

Die Bürger werden gezwungen, sensible Daten preiszugeben, die sie andernfalls verschwiegen hätten. Denn wer auf die Wahrung seiner Privatsphäre besteht, muss ein Bußgeld oder möglicherweise sogar eine Ingewahrsamnahme befürchten. Zudem können sie nicht mehr kontrollieren, welche staatlichen Stellen diese Daten zur Ahndung eines möglichen Verstoßes gegen die 8. BayIfSMV speichern oder verarbeiten. Wenn dem nicht Einhalt geboten wird, könnte eine Zeugenvernehmung so aussehen, dass ein Polizist Bekannte des Beschuldigten, der mit zwei weiteren Personen angetroffen wurde, nach dessen Beziehungsstatus ausfragt, um feststellen zu können, ob ein Verstoß vorliegt. Die Folgen für unsere freiheitlich-demokratische Grundordnung wären gravierend:

*„Dies würde nicht nur die individuellen Entfaltungschancen des Einzelnen beeinträchtigen, sondern auch das Gemeinwohl, weil Selbstbestimmung eine elementare Funktionsbedingung eines auf Handlungsfähigkeit und Mitwirkungsfähigkeit seiner Bürger begründeten freiheitlichen demokratischen Gemeinwesens ist.“<sup>45</sup>*

#### **4. Verletzung eines „Grundrechts auf Kulturausübung und -genuss“**

*„Jeder hat das Recht, am kulturellen Leben der Gemeinschaft frei teilzunehmen, sich an den Künsten zu erfreuen und am wissenschaftlichen Fortschritt und dessen Errungenschaften teilzuhaben.“*

– Art. 27 Abs. 1 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte

In der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte wird der Mensch als ein soziales, kulturelles Wesen beschrieben. Demgemäß wird das Recht eines jeden Menschen auf Teilhabe am sozialen, kulturellen Leben als Menschenrecht anerkannt.<sup>46</sup> Ein solches Recht

---

<sup>43</sup> Vgl. WD 3 - 3000 - 079/20, S. 10.

<sup>44</sup> Vgl. BeckOK GG/Lang, 42. Ed. 1.12.2019, GG Art. 2 Rn. 39 f.

<sup>45</sup> Vgl. BVerfGE 65, 43.

<sup>46</sup> Vgl. <https://www.menschenrechtserklaerung.de/kultur-3689/>.

findet sich nicht explizit im Wortlaut unseres Grundgesetzes. Es lässt sich jedoch aus bereits anerkannten Grundrechten ableiten.

Kultur ist nicht nur das „Gedächtnis der Gesellschaft“, sondern auch das Fundament, auf dem sich ein Gemeinwesen aufbaut. Kultur vermittelt Werte und erzeugt ein Wertebewusstsein. Darum ist sie auch verfassungsrechtlich relevant.<sup>47</sup> Das Bundesverfassungsgericht definierte im Jahr 1959 Kultur als „die Gesamtheit der innerhalb einer Gemeinschaft wirksamen geistigen Kräfte, die sich unabhängig vom Staate entfalten und ihren Wert in sich tragen“.<sup>48</sup> Kultur ist folglich keine staatliche Veranstaltung, sondern primär eine individuelle und gesellschaftliche Hervorbringung – ein autonomer, mit Freiheitsverbürgungen verbundener Bereich der Gemeinschaft, weswegen Verbindungen zu den anderen Grundrechten in der Natur der Sache liegen.<sup>49</sup>

Das Grundgesetz kennt die sogenannten „Kulturgrundrechte“, die sich auf Schule, Bildung, Erziehung (Art. 6, 7, 12 GG), Religion/Kirche (Art. 4, 140 GG) und Medien (Art. 5 I GG) beziehen. Auch wenn Art. 5 III GG eine zentrale Rolle im System der grundgesetzlichen Kulturverfassung zugeschrieben wird, lässt sich daraus kein Generalgrundrecht der Kulturfreiheit folgern. Es geht in diesem Absatz nur um Kunst und Wissenschaft als Teile der Kultur, wenngleich um sehr wichtige, die bei weiter Auslegung Autonomie und Freiheitlichkeit der Kultur stärken.<sup>50</sup>

Diese Kulturrechte verweisen auf den schöpferischen Geist des Menschen und bedeuten mehr als bloße Sicherung des Daseins; sie veredeln das Dasein. Zivilisation darf in diesem Sinne als erste Stufe der Kultur angesehen werden. Kultur baut darauf auf. „Kulturelle Leitideen“ formen darüber hinaus individuelles und gesellschaftliches Verhalten und determinieren dadurch auch die Rechtsordnung.<sup>51</sup> Daher sieht das Bundesverfassungsgericht die Bundesrepublik Deutschland zurecht als Kulturstaat<sup>52</sup> und weist diesem einen kulturstaatlichen Förderauftrag zu (vgl. Art. 167 AEUV auf europäischer Ebene), der die Freiheit der Kultur schützen soll.<sup>53</sup>

#### **a) Ableitung aus Art. 4 I, II GG**

Art. 4 I und II GG schützen mit der Freiheit des Glaubens, der Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses und der Freiheit der Religionsausübung das Interesse des Grundrechtsträgers daran, religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen zu haben und zu betätigen. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist damit auch das Recht des Einzelnen, sein gesamtes Verhalten an den Lehren seines Glaubens auszurichten

---

<sup>47</sup> Vgl. Stern, Staatsrecht: Die einzelnen Grundrechte Bd. IV/2 1. Auflage 2011, Vorbemerkung Kulturverfassung und Kulturstaatlichkeit als Rahmen für die kulturellen Grundrechte, S. 332 ff.; BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 28. Januar 2014 - 2 BvR 1561/12 – Rn. 105.

<sup>48</sup> Vgl. BVerfGE 10, 36.

<sup>49</sup> Vgl. Stern, Staatsrecht: Die einzelnen Grundrechte Bd. IV/2 1. Auflage 2011, Vorbemerkung Kulturverfassung und Kulturstaatlichkeit als Rahmen für die kulturellen Grundrechte, S. 334 f.

<sup>50</sup> Ebd. S. 335.

<sup>51</sup> Ebd. S. 332 ff.

<sup>52</sup> Vgl. BVerfGE 35, 114; 36, 331; 81, 116.

<sup>53</sup> Vgl. Stern, Staatsrecht: Die einzelnen Grundrechte Bd. IV/2 1. Auflage 2011, Vorbemerkung Kulturverfassung und Kulturstaatlichkeit als Rahmen für die kulturellen Grundrechte, S. 346 ff.; BVerfGE 81, 116; BT-Drs. 15/5560.

und seiner inneren Glaubensüberzeugung gemäß zu handeln (forum externum) umfasst, z. B. Gottesdienste abzuhalten und zu besuchen, religiöse Bildungsstätten zu betreiben und liturgische und kultische Handlungen auch außerhalb der Messe zu betätigen.<sup>54</sup> Als Weltanschauung können gedankliche Systeme, die das Weltgeschehen in großen Zusammenhängen werten, ohne dabei auf Gott, das Jenseits, überhaupt auf Transzendenz zu verweisen, verstanden werden. Im Gegensatz zur Religion begrenzt sie sich auf innerweltliche („immanente“) Bezüge.<sup>55</sup>

Laut einer Europabarometer-Umfrage von 2018 bezeichnet sich jeder vierte Deutsche als „nicht gläubig, Agnostiker oder Atheist“.<sup>56</sup> Für diese Menschen tritt die Kultur an Stelle der Religion.<sup>57</sup> Statt in die Kirche gehen sie in die Oper, statt Religionsunterricht geben sie Musikunterricht und statt den Rosenkranz zu beten, üben sie zwei Stunden lang Bach. Wer bezweifelt, dass Kultur den gleichen Einfluss auf eine Gesellschaft haben kann wie Religion, sollte sich vor Augen führen, mit welchem Fanatismus Pop-Gruppen wie die Beatles angehimmelt werden. Oder welche Bedeutung (auch im Alltag) das Proben für einen leidenschaftlichen Musiker oder Laien-Theaterspieler hat. Kulturelle Erfahrungen vermitteln ebenso Werte, an denen die „Gläubigen“ ihr Verhalten ausrichten können, wie Gemeinschaftsbewusstsein bei Orchestern oder Disziplin bei Profimusikern. Kultur erklärt die Welt – aus Goethes „Prometheus“ kann ich ebenso viel über die Gesellschaft lernen wie aus der Turmbau-zu-Babel-Bibelgeschichte. Die Kultur ist von bloßen Meinungen oder politischen Überzeugungen dadurch abzugrenzen, dass sie alle Bereiche des menschlichen Lebens durchdringt und dem Individuum das Gefühl der Zugehörigkeit zu einem abstrakten Kollektiv verleiht, das sich nicht klar abgrenzen oder beschreiben, sondern nur erleben lässt. Sie ähnelt einer Religion oder einer Weltanschauung in ihrem umfassenden Geltungsanspruch und ihrer Tiefgründigkeit.

## **b) Ableitung aus Art. 5 III 1 GG**

Art. 5 III 1 GG schützt den Werk- und Wirkungsbereich der Kunst.<sup>58</sup> Dem Werkbereich wird der eigentliche Prozess der Erschaffung des Kunstwerks zugerechnet, aber auch die im Vorfeld notwendigen Arbeiten wie das Sammeln von Impressionen, die Beschaffung des Materials oder das Proben. Der Wirkungsbereich umfasst demgegenüber den Vorgang der Vermittlung des Kunstwerks bzw. seine Einführung in den spezifischen Kommunikationsprozess, der das Proprium der Kunst ausmacht.<sup>59</sup> Die Kunst braucht Rezeption und Kontakt nach außen. Die Kunstfreiheit darf nicht auf den bloßen Kreationsvorgang reduziert werden.<sup>60</sup> Weil die Begegnung mit dem Werk als ein kunstspezifischer Vorgang für die Entfaltung der Kunstfreiheit sachnotwendig ist, würde das Grundrecht ohne die Erstreckung auch auf den

---

<sup>54</sup> Vgl. BeckOK GG/Germann, 44. Ed. 15.8.2020, GG Art. 4 Rn. 19 ff.

<sup>55</sup> Vgl. BeckOK BGB/Horcher, 55. Ed. 1.8.2020, AGG § 1 Rn. 38.

<sup>56</sup> Vgl. <https://www.bpb.de/nachschlagen/zahlen-und-fakten/soziale-situation-in-deutschland/145148/religion>.

<sup>57</sup> Vgl. <https://www.zeit.de/kultur/2020-11/kultur-corona-krise-beschluesse-lockdown-kunst-pandemie-beschaenkung/komplettansicht>.

<sup>58</sup> Vgl. Sachs/Bethge, 8. Aufl. 2018, GG Art. 5 Rn. 196.

<sup>59</sup> Vgl. Dreier/Wittreck, 3. Aufl. 2013, GG Art. 5 Abs. 3 (Kunst) [Meinungs- und Pressefreiheit, Rundfunk- und Filmfreiheit; Freiheit der Kunst und der Wissenschaft] Rn. 46 f.

<sup>60</sup> Vgl. Sachs/Bethge, 8. Aufl. 2018, GG Art. 5 Rn. 188.

Wirkbereich der Kunst weitgehend leerlaufen.<sup>61</sup> Die Kunstfreiheit ist in erster Linie ein staatsgerichtetes Abwehrrecht. Ob aus dem objektiven Gehalt der Kunstfreiheit ferner ein verbindlicher Verfassungsauftrag zur Förderung der Kunst oder gar Teilhaberechte des Einzelnen resultieren, ist umstritten. Das Bundesverfassungsgericht erkennt jedenfalls die Aufgabe des Staates an, ein freiheitliches Kunstleben zu gestalten und zu erhalten.<sup>62</sup>

Kultur kann ebenfalls zwischen einem Werk- und Wirkungsbereich (der aktiven Kulturschaffenden) unterschieden werden. Darüber hinaus kommt dem Genussbereich (der passiven Kultursuchenden) eine besondere Bedeutung zu. Alle drei sind aufgrund des ganzheitlichen Gemeinschaftsanspruchs der Kultur untrennbar miteinander verwoben: Anders als Kunst kann der Mensch Kultur deswegen schon nicht ohne Kommunikation nach und mit außen erschaffen. Kultur kann auch nicht alleine, sondern nur mit Mitmenschen genossen werden.

Sicherlich mögen Teile der Kultur von der Kunstfreiheit erfasst sein, doch man würde der Kultur nicht gerecht werden, wenn man sie auf die Kunst beschränken würde. Dieses Problem war auch dem Parlamentarischen Rat bewusst, als er über eine dem Art. 27 AEMR entsprechende Regelung im Grundgesetz beriet. Ein Entwurf des heutigen Art. 5 GG lautete: „Das kulturelle Leben ist der Gewalt des Staates nicht unterworfen. Der Staat gewährt ihm Schutz und nimmt an seiner Pflege teil. Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei.“ Der letzte Satz wurde beibehalten, doch der Rest schließlich gestrichen. Man fürchtete, dass die Bildungseinrichtungen oder die Verbreiter von jugendgefährdenden Filmen sich auch als kulturelles Leben begreifen und so der Einwirkung des Staates entziehen könnten. Dennoch war man sich des Problems bewusst, dass es durch diesen Wegfall zu einer Beschränkung für den Kulturgenießenden kommen könnte. Man dachte dabei an segregierte Gesellschaften, in denen bestimmten Menschen der Zutritt zu Theatern oder Museen verboten werden könnte, was es in Deutschland aber nicht geben würde.<sup>63</sup> Diese Debatte zeigt, dass die Verfassungsmütter und -väter das Recht auf Kulturgenuss von Art. 5 III GG umfasst sahen. Ganz allgemein sollte über die Kunstfreiheit hinaus auch Kulturfreiheit gelten. So forderte der Allgemeine Redaktionsausschuss: „Das Verbot der Zensur muß auch für Theater und den öffentlichen Vortrag vorgesehen werden. Durch Artikel 7 wird die Freiheit des Theaters und der öffentlichen Vorträge noch nicht garantiert, da nicht jede Theateraufführung Kunst und nicht jeder öffentliche Vortrag Wissenschaft zu sein braucht.“<sup>64</sup> Nachdem das Grundgesetz auf Grund der Erfahrungen aus der Zeit des NS-Regimes entstanden ist, in der sich auch die Kultur an die nationalsozialistische Staatsideologie anpassen musste, erscheint die Ausweitung der Kunst- auf die Kulturfreiheit naheliegend.

Die heutige Form des Art. 5 III GG stellt die Kunstfreiheit jedoch in ein enges Verhältnis zur Meinungsfreiheit und begrenzt sie so auf die klassischen „kommunikativen“ Künste. Eine Orchesterprobe in Hinblick auf eine Aufführung wäre wohl unproblematisch Kunst. Dagegen wenn Freunde in Privaträumen musizieren, dabei der Gemeinschaftssinn im Vordergrund

---

<sup>61</sup> Vgl. BeckOK GG/Kempen, 44. Ed. 15.8.2020, GG Art. 5 Rn. 170.

<sup>62</sup> Vgl. BeckOK GG/Kempen, 44. Ed. 15.8.2020, GG Art. 5 Rn. 167.

<sup>63</sup> Vgl. Fünfundzwanzigste Sitzung des Ausschusses für Grundsatzfragen 24. November 1948, Pikart/Werner, Band 5: Ausschuss für Grundsatzfragen, in Der Parlamentarische Rat 1948-1949, S. 682.

<sup>64</sup> Vgl. BVerfGE 30, 192 i. V. m. Hollmann, Nr. 4 Entwurf zum Grundgesetz in der vom Allgemeinen Redaktionsausschuss redigierten Fassung Stand vom 13. – 18. Dez. 1948. S. 137.

steht und keine spätere Aufführungsentention vorhanden ist, wird das eher nicht als Kunst, sondern vielmehr als Kultur zu bezeichnen sein. Ebenso verhält es sich mit Kartenspielen, „Lifestyle-Kollektivsport“ wie Skateboarden, Gasthaus- und Kinobesuchen, Festivals oder der Ausübung traditioneller Bräuche wie Laternenumzüge. Aus diesem Grund benötigt es ein zusätzliches Kulturgrundrecht.

### **c) Ableitung aus APR**

Aufgabe des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG) ist es, Elemente der Persönlichkeit, die nicht Gegenstand der besonderen Freiheitsgarantien des Grundgesetzes sind, diesen aber in ihrer konstituierenden Bedeutung für die Persönlichkeit nicht nachstehen, grundrechtlich zu umfassen. Insoweit kommt dem Grundrecht eine lückenschließende Gewährleistungsfunktion zu, um neuartigen Gefährdungen zu begegnen, zu denen es im Zuge des wissenschaftlich-technischen Fortschritts und gewandelter Lebensverhältnisse kommen kann.<sup>65</sup> Die oben aufgeführten Äußerungen des Parlamentarischen Rats machen deutlich, dass die Kunstfreiheit klassischerweise als „Zensurverbot“ verstanden wurde. Sie zielte vorrangig auf die inhaltliche Freiheit der Kunst ab. Dass es siebzig Jahre später zu einer Pandemie kommen sollte, aufgrund derer der Staat den Zugang zu Kultureinrichtungen, unmittelbar die Ausübung von Kultur und dadurch mittelbar den Kulturgenuss massiv einschränken würde, war nicht abzusehen. Um diesen „gewandelten Lebensverhältnissen“ etwas zu entgegnen, kann das Allgemeine Persönlichkeitsrecht herangezogen werden. Für Kultur ist nämlich kein Kunstwerk als Ergebnis, sondern die bloße Betätigung entscheidend. Die charakterbildende Wirkung auf den Kulturschaffenden und –genießenden stehen gleichrangig mit, wenn nicht sogar vorrangig über dem Kommunikationsaspekt. Kultur kann als Grundbedingung für die Persönlichkeitsentfaltung<sup>66</sup> verstanden werden.

### **d) Ergebnis**

Zusammengefasst lassen sich bereits Bezüge zur Kultur in den anerkannten Grundrechten aus Art. 4 I, II, Art. 5 III 1 und Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG erkennen. Deren sachlicher Schutzbereich ist jedoch durch Entstehungsgeschichte, Wortlaut und Fokus auf andere Rechtsgüter begrenzt, sodass die Kulturfreiheit bisher von keinem Grundrecht in ihrer Vollständigkeit erfasst wird. Daher benötigt es ein Art. 27 I AEMR entsprechendes eigenes „Grundrecht auf Kulturausübung und –genuss“. Dieses würde auch den allgemein anerkannten Anforderungen an ein Grundrecht genügen. Insbesondere wäre auch die soziale Dimension der grundrechtlich geschützten Freiheiten<sup>67</sup> erfüllt. Als subjektives Abwehrrecht würde es einzig den Staat verpflichten und allein Private berechtigen. Außerdem wäre es aufgrund des Wesens der Kultur dauerhaft, unveräußerlich und einklagbar.

In diesem Grundrecht bin ich [REDACTED] auch verletzt.

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

<sup>65</sup> Vgl. BeckOK GG/Lang, 44. Ed. 15.8.2020, GG Art. 2 Rn. 54a f.

<sup>66</sup> Vgl. Dreier/Dreier, 3. Aufl. 2013, GG Art. 2 Abs. 1 Rn. 78.

<sup>67</sup> Vgl. Baer, Das Soziale und die Grundrechte, NZS 2014, 1.

## 5. Verletzung des Gleichbehandlungsgebots

Im Sinne des allgemeinen Gleichheitssatzes des Art. 3 I GG darf weder wesentlich Gleiches willkürlich ungleich noch wesentlich Ungleiches willkürlich gleichbehandelt werden.<sup>68</sup> Er verbietet zudem Willkür.<sup>69</sup>

Die 8. BayIfSMV erlaubt<sup>70</sup> die Öffnung von Schulen, Kindergärten sowie sonstigen Bildungsangeboten (§§ 18-22), Groß- und Einzelhandel, medizinischen Dienstleistern, Friseursalons, bestimmten Wochenmärkten (§ 12) und (ungeschrieben) den meisten Arbeitsplätzen – wenn auch unter Hygieneauflagen. Individualsport (§ 10 I 1) und Profisportbetrieb (§ 10 II) dürfen ebenso stattfinden.

Schließen müssen dagegen „Institutionen und Einrichtungen, die der Freizeitgestaltung zuzuordnen sind“ (§§ 11, 15, 23), u. a. Kulturstätten wie Theater, Opern, Museen, Konzerthäuser und ähnliche Einrichtungen, Messen, Kinos, Freizeitparks und Anbieter von Freizeitaktivitäten (drinnen und draußen). Geschlossen werden auch Gastronomiebetriebe (§ 13), Fitnessstudios (§ 10 IV) und die meisten Dienstleistungsbetriebe im Bereich der Körperpflege. Mannschaftssport (§ 10 I 2) ist untersagt.

In privaten Angelegenheiten gilt die strenge Kontaktbeschränkung des § 3 I, berufliche und dienstliche Tätigkeiten sind nach § 3 III jedoch davon ausgenommen.

Veranstaltungen aller Art werden untersagt (§ 5) bis auf Gottesdienste (§ 6) und Versammlungen nach dem Bayerischen Versammlungsgesetz (§ 7). Touristische Beherbergung ist verboten, Unterbringung von Dienstreisenden aber erlaubt (§ 14).

Alle diese aufgeführten Institutionen können unter den gemeinsamen Oberbegriff der potenziellen Infektionstreiber gezogen werden. Eine Unterscheidung zwischen Wirtschafts-/Bildungs- und Freizeitleben, wie von der Regierung propagiert, kann nicht nachvollzogen werden. Auch an Freizeiteinrichtungen hängen wirtschaftliche Existenzen. [REDACTED]

Des Weiteren ist vor dem Hintergrund der staatlich ebenso zu schützenden Kulturfreiheit die Privilegierung der Religions- und Versammlungsfreiheit nicht schlüssig. In säkularen Gesellschaften suchen Bürgerinnen und Bürger schließlich längst nicht mehr nur in Kirchen, Moscheen oder Synagogen nach Sinn und Trost, sondern vielfach auch an und in jenen Kulturorten, die jetzt im November wieder geschlossen sind. Nicht wenige finden Sinn am Samstagabend in der Theaterpremiere oder am Donnerstagabend in einem neuen Kinofilm – und sie schaffen hier ebenso viele Anlässe, über Wohl und Wehe unserer Gesellschaft nachzudenken und zu diskutieren, wie diejenigen, die dies am Sonntagvormittag in einem Gotteshaus tun. In den aktuellen Beschlüssen wird nicht begründet, warum Vergleichbares nicht vergleichbar behandelt wird. Der Maßstab für den Gottesdienst wäre dann nämlich das Theater. Und die Öffnung der Geschäfte müsste Konsequenzen für die Betrachtung der Museen haben, in denen ja ebenfalls keine Veranstaltungen stattfinden, sondern ein

<sup>68</sup> Vgl. WD 3 - 3000 - 079/20 S. 31.

<sup>69</sup> Vgl. Maunz/Dürig/P. Kirchhof, 91. EL April 2020, GG Art. 3 Abs. 1 Rn. 265.

<sup>70</sup> Vgl. Im Folgenden wird Bezug auf die Webseite des BayStMGP genommen,

<https://www.stmmp.bayern.de/coronavirus/haeufig-gestellte-fragen/#fragen-zum-oeffentlichen-leben>.

Laufpublikum mit „klugen“, von den Verwaltungsbehörden abgenommenen Hygienekonzepten auf Abstand gehalten werden kann.<sup>71</sup>

Es ist somit nicht verständlich, wieso Baumärkte oder die Bundesligen unter Einhaltung der Hygienekonzepte öffnen dürfen, aber Gaststätten und Konzerthäuser nicht. Oder wieso die Kontaktbeschränkungen nicht auch in den Arbeitsalltag integriert werden. Somit liegt eine Ungleichbehandlung von wesentlichem Gleichem vor.

## 6. Verletzung von Art. 2 I GG

Das Recht der Allgemeinen Handlungsfreiheit ist im Verhältnis zu den anderen Grundrechten als „Auffangrecht“ konzipiert. Es schützt „jede Form menschlichen Handelns ohne Rücksicht darauf, welches Gewicht der Betätigung für die Persönlichkeitsentfaltung zukommt“. Auch banale Tätigkeiten und alltägliche Verhaltensweisen genießen Grundrechtsschutz.<sup>72</sup> Neben den oben genannten Grundrechten unterliegen somit das Treffen mehrerer Freunde gleichzeitig, das gemeinsame Musizieren, das Durchführen von Veranstaltungen und Feiern auch dem Recht der Allgemeinen Handlungsfreiheit.

Darüber hinaus stellen auch das Verbot von Alkoholkonsum auf bestimmten öffentlichen Plätzen (§ 24 III) sowie die Maskenpflicht auf dem gesamten Schulgelände (§ 18 II) Eingriffe in die Freiheit menschlichen Handelns dar.

## 7. Mittelbare Grundrechtseingriffe

Auf Basis der 8. BayIfSMV ergeben sich weiterhin folgende mittelbare Grundrechtseingriffe:

- **Allgemeine Handlungsfreiheit** durch die Zwangsschließung von Betrieben wie Gaststätten oder Freizeiteinrichtungen (§§ 11, 13), die ich so nicht mehr aufsuchen kann;
- **Recht auf informationelle Selbstbestimmung** durch die bußgeldbewehrte Pflicht zur Kontaktdatenangabe (§ 4 I i. V. m. § 27 Nr. 3); die Privilegierung der Strafverfolgungsbehörden durch § 4 III 3 ermöglicht durch verfassungswidrige Zweckänderung eine neue Form der Vorratsdatenspeicherung und schützt den Kernbereich privater Lebensgestaltung nicht ausreichend;<sup>73</sup>
- **Recht auf körperliche Unversehrtheit** (Art. 2 II 1 GG) durch die zunehmende soziale Isolation und daraus resultierenden psychosomatischen Beschwerden wie Kopfschmerzen, Antriebslosigkeit, Depression etc.;<sup>74</sup>
- **Recht auf Bildung:** Zwar dürften die Hochschulen nach § 21 Präsenzveranstaltungen durchführen – bei beliebten Studiengängen an großen Universitäten sind diese Hygienekonzepte aber aufgrund der Personal- und Raumkapazitäten nicht umsetzbar, sodass die Hochschulen faktisch geschlossen bleiben. Aufgrund des deutschen

---

<sup>71</sup> Vgl. <https://www.zeit.de/kultur/2020-11/kultur-corona-krise-beschluesse-lockdown-kunst-pandemie-beschaenkung/komplettansicht>.

<sup>72</sup> Vgl. WD 3 - 3000 - 079/20 S. 10 m. w. N.

<sup>73</sup> Vgl. Jan Fähmann, Clemens Arzt: Polizeilicher Umgang mit personenbezogenen Daten in der Corona-Pandemie. Datenschutz in der Krise, DuD 2020, 803 ff., abrufbar auf <https://link.springer.com/article/10.1007/s11623-020-1370-5>.

<sup>74</sup> Vgl. WD 3 - 3000 - 079/20 S. 10.

Digitalisierungsdefizits kommt die Qualität des Fernunterrichts oftmals nicht an die der Präsenzveranstaltungen heran;

- **Recht auf Freizügigkeit** (Art. 11 I GG) durch das Beherbergungsverbot bei privaten Reisen (§ 14 I);<sup>75</sup>
- **Unverletzlichkeit der Wohnung** (Art. 13 I GG) durch die Kontrolle der Kontaktbeschränkungen auch im privaten Raum<sup>76</sup>.

## 8. Unverhältnismäßigkeit der Maßnahmen

Die aus den Allgemeinverfügungen resultierenden Grundrechtseingriffe sind nicht verhältnismäßig.

### a) Legitimes Ziel

Die Regierung ist aus dem Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit in Art. 2 II GG zu Maßnahmen des Gesundheits- und Lebensschutzes verpflichtet.<sup>77</sup> Ob sie aktuell mit ihren Maßnahmen vorrangig auf die individuelle oder kollektive Gesundheit abstellt, ist unklar. Die Verhinderung der Ausbreitung einer Seuche ist ohne Frage ein verfassungsmäßiges Staatsziel und kann taugliche Grundrechtsschranke sein (vgl. z. B. Art. 11 II GG). Allerdings wird diese Schranke wiederum durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beschränkt.

### b) Geeignetheit

Die angegriffenen Normen der 8. BayIfSMV sind nicht geeignet, das verfolgte Ziel zu erreichen. Um die Entstehung von Neuinfektionen flächendeckend zu verhindern, müsste man eine totale Ausgangssperre einrichten, die aber sicherlich verfassungswidrig wäre. Die privaten Kontaktbeschränkungen der 8. BayIfSMV sind jedoch ineffektiv, da sich weiterhin – gerade im Arbeitsalltag und in den Öffentlichen Verkehrsmitteln – Menschen nahekomen und infizieren können.<sup>78</sup>

Da das Coronavirus hauptsächlich über virushaltige Aerosole übertragen wird<sup>79</sup>, können bei einer gründlichen Einhaltung der Hygiene- und Schutzmaßnahmen schon gar keine Neuinfektionen entstehen. Dies wurde bei einem Pilotversuch der Bayerischen Staatsoper deutlich, bei der über sechs Wochen hinweg Veranstaltungen mit jeweils 500 Zuschauern durchgeführt wurden und keine einzige Corona-Infektion nachweislich auf den Opernbesuch zurückzuführen war.<sup>80</sup> Das Verbot im Kulturbereich, in dem über den Sommer hinweg auf Anweisung der Regierung (!) sehr sorgfältig Hygienekonzepte ausgearbeitet

---

<sup>75</sup> Vgl. VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 15.10.2020 - 1 S 3156/20.

<sup>76</sup> Vgl. Kluckert, Sebastian: *Corona-Kontrolle in der Wohnung?: Das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung in der Corona-Pandemie*, *VerfBlog*, 2020/11/07, <https://verfassungsblog.de/corona-kontrolle-in-der-wohnung/>.

<sup>77</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 11. November 2020 - 1 BvR 2530/20 -, Rn. 16.

<sup>78</sup> Vgl. <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/zweiter-corona-lockdown-trotz-einschraenkungen-mobil-bleiben-17047868.html>.

<sup>79</sup> Vgl. <https://www.infektionsschutz.de/coronavirus/fragen-und-antworten/ansteckung-und-uebertragung.html#faq3760>.

<sup>80</sup> Vgl. <https://www.br.de/nachrichten/kultur/nur-ein-zuschauer-positiv-staatsoper-mit-pilotversuch-zufrieden,SDN10AO>.

wurden (wie auch in der Gastronomie), trägt somit nicht zu einer flächendeckenden Reduzierung der Infektionszahlen bei, da es hier gar nicht erst oder höchstens sehr selten zu Neuinfektionen kommt – anders als beispielsweise in den geöffneten Schulen<sup>81</sup>. Ganz im Gegenteil: Durch die Gastronomie- und Kulturschließung werden die Menschen dazu animiert, sich anstatt in der Öffentlichkeit im Privatbereich zu treffen, wo die Einhaltung der Hygienemaßnahmen schwieriger zu kontrollieren und die Hemmungen geringer sind. Das begünstigt Neuinfektionen eher als sie zu verhindern. Deswegen unterstützt die Kassenärztliche Bundesvereinigung Initiativen, die unter klar definierten Hygienekonzepten und Teststrategien Veranstaltungen zulassen – auch weil nur so wissenschaftliche Erkenntnisse zu den tatsächlichen Infektionsrisiken gewonnen werden können.<sup>82</sup>

Auch die Kontaktbeschränkungen im privaten Bereich bei ohnehin schon hygienebewussten Freundesgruppen, die ihre Kontaktpersonen reduziert haben, sodass Infektionsketten klar nachvollziehbar wären, tragen nicht notwendigerweise zu einer Entlastung des Gesundheitssystems bei. Stattdessen sollte man sich eingestehen, dass das Virus die nächsten Jahre nicht verschwinden wird und auch ein Impfstoff nur ein Mittel unter vielen zur Bekämpfung der Pandemie sein kann. Ein Zusammenleben trotz des Virus in größtmöglicher Freiheit ist nur möglich, wenn man auf Gebote anstelle von Verboten, auf Eigenverantwortung anstelle von Bevormundung setzt. Letztere haben nämlich eine kurze Halbwertszeit und entsprechen nicht unserem Verständnis einer freiheitlich-demokratischen Grundordnung. Gerade die Kontaktpersonennachverfolgung kann besser und effektiver über Eigenverantwortung erfolgen. Zusätzlich zu der Corona-Warn-App können die Menschen eigene Mitteilungen an ihre Kontaktpersonen schneller und zielgerichteter senden und die Gesundheitsämter entlasten. Dieses Vorgehen ermöglicht damit eine Langzeitstrategie und erlaubt, wichtige Ressourcen der Gesundheitsämter auf die Risikogruppen zu fokussieren.<sup>83</sup>

Ein Zusammenhang zwischen der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems im Urlaubsgebiet und der Beherbergung von Touristen ist ebenso nicht ersichtlich. Angesichts der allgemeinen Kontaktbeschränkungen dürften Touristen mit den „Einheimischen“ weniger Kontakte haben als die „Einheimischen“ untereinander. Dies gilt erst recht für Alleinreisende. Aufgrund des Beherbergungsverbots und der Schließung der Gastronomie dürften Touristen nicht viel mehr als die Natur genießen wollen und können.<sup>84</sup>

### **c) Erforderlichkeit**

Die gerügten Maßnahmen sind auch nicht erforderlich, da mildere, gleich wirksame Mittel zur Verfügung stünden. In einer durch zahlreiche Unsicherheiten und sich ständig weiterentwickelnde fachliche Erkenntnisse geprägten epidemischen Lage wie der vorliegenden ist dem Verordnungsgeber zwar eine Einschätzungsprärogative im Hinblick auf das gewählte Mittel einzuräumen. Diese wird jedoch überschritten, wenn sich andere Maßnahmen eindeutig als gleich geeignet und weniger belastend darstellen.<sup>85</sup> Eben wegen der

---

<sup>81</sup> Vgl. <https://www.tagesschau.de/investigativ/schulen-infektionen-corona-101.html>.

<sup>82</sup> Vgl. KBV, Gemeinsames Positionspapier zur COVID-19-Pandemie v. 04.11.2020, [https://www.kbv.de/media/sp/KBV-Positionspapier\\_Wissenschaft\\_Aerzteschaft\\_COVID-19.pdf](https://www.kbv.de/media/sp/KBV-Positionspapier_Wissenschaft_Aerzteschaft_COVID-19.pdf) S. 5.

<sup>83</sup> Vgl. KBV, S. 4.

<sup>84</sup> Vgl. WD 3 - 3000 - 079/20 S. 16 f.

<sup>85</sup> Vgl. VGH München, Beschl. v. 30.3.2020 – 20 NE 20.632, NVwZ 2020, 638.

oben aufgeführten Wirksamkeit der Hygienekonzepte hat der Ordnungsgeber seine Einschätzungsprerogative durch das pauschale Verbot und die Schließung des Kulturbereichs mit dem „Holzhammer“ eindeutig überschritten. Eine Öffnung der Theater, Opern, Konzerthäuser etc. unter strenger Einhaltung der Schutzmaßnahmen bietet sich offensichtlich als gleich geeignete und weniger belastende Methode an. In der Kulturszene sind in den vergangenen Monaten enorme Anstrengungen unternommen worden, um Kinos, Theater, Konzertsäle und Museen zu sicheren Orten zu machen, an denen zumindest kein nachweisliches Infektionsgeschehen seinen Ausgang genommen hat. Virologen verweisen bis heute darauf, dass sie eine Infektion in Theater- oder Konzertsälen für nahezu ausgeschlossen halten.<sup>86</sup>

Insbesondere kann sich der Ordnungsgeber anders als im Frühjahr nicht auf die Unsicherheit der Lage berufen. Vor allem dann, wenn er zwei Monate zuvor noch Privatpartys mit 50 Teilnehmern oder die „Wirtshaus-Wiesn“ (schon damals als potentieller Infektionsherd absehbar)<sup>87</sup> erlaubt hat. Der staatlich gebilligte<sup>88</sup> Pilotversuch in der Münchner Oper wurde gerade zur infektiologischen Erkenntnisgewinnung durchgeführt. Dessen Ergebnis dann einfach zu ignorieren, erscheint völlig inkonsequent. Worin liegt die Notwendigkeit, keine 50 oder 100 Zuschauer in einen Saal mit 1500 oder 2000 Plätzen zu lassen, der belüftet ist?<sup>89</sup> Allerwenigstens hätte man den Kulturstätten Ausnahmemöglichkeiten gewähren müssen, die der § 23 aber nicht enthält. Somit verstößt die Regierung gravierend gegen das Übermaßverbot.

Auch um der steigenden Anzahl an Neuinfektionen im Privatbereich zu entgegen, hätte es eine derart drastische Verschärfung der Kontaktbeschränkungen nicht gebraucht. Man hätte verstärkt Aufklärungsmaßnahmen starten können, um das Bewusstsein für Hygienemaßnahmen und freiwilliges „Social Distancing“ zusätzlich zu erhöhen (wie auch das RKI fordert<sup>90</sup>), mehr Geld in die medizinische Forschung, Impfstoffentwicklung sowie Teststationen investieren und es den Landratsämtern überlassen können, bei Bedarf zusätzliche Maßnahmen zu erlassen. Der folgerichtige nächste Schritt wäre jedenfalls zunächst die Anpassung des § 3 der 7. BayIfSMV, der grundsätzlich keine Obergrenze für die Teilnehmerzahl bei privaten Zusammenkünften vorsah, an den § 2, der den gemeinsamen Aufenthalt im öffentlichen Raum auf zehn Personen beschränkte, gewesen. Eine zusätzliche Reduzierung von zehn auf (in der Regel) zwei Personen, wie es jetzt der Fall ist, ergibt wenig Sinn, da es sich, wie oben dargelegt, meist ohnehin um dieselbe Freundesgruppe handelt und aus Infektionsschutzsicht nichts dazu gewonnen ist, wenn sich alle nacheinander statt gleichzeitig treffen.

---

<sup>86</sup> Vgl. <https://www.zeit.de/kultur/2020-11/kultur-corona-krise-beschluesse-lockdown-kunst-pandemie-beschaenkung/komplettansicht>.

<sup>87</sup> Vgl. <https://www.br.de/nachrichten/bayern/alt-ob-christian-ude-eroeffnet-muenchener-wirtshaus-wiesn,SB1yajT>.

<sup>88</sup> Vgl. § 23 II 5 der 7. BayIfSMV (BayMBl. 2020 Nr. 562).

<sup>89</sup> Vgl. <https://www.klassikinfo.de/mit-dem-holzhammer-gegen-die-kultur-warum-der-neuerliche-lockdown-fuer-die-kultur-uebertrieben-ist-und-abgemildert-werden-muss/>.

<sup>90</sup> Vgl. Robert-Koch-Institut: COVID-19-Lagebericht vom 12.11.2020, S. 2.

Auch wenn es ethisch und politisch ein heikles Thema ist, muss man zumindest der Möglichkeit anerkennen, als milderes Mittel stattdessen verstärkt auf eine Isolierung der Risikogruppen zu setzen. Dadurch könnten sie wirksam geschützt werden, ohne die Gesellschaft als Ganzes intensiv einschränken zu müssen. Da sie für die Allgemeinheit keine größere Gefahr darstellen, wäre hierfür noch nicht einmal ein Absonderungszwang notwendig. Sie gefährden nur sich selbst, wenn sie sich durch soziale Kontakte dem Infektionsrisiko aussetzen. Stattdessen könnte man also eine freiwillige Quarantäne empfehlen und diese durch staatliche Hilfen wie Lieferdienste für Lebensmittel oder durch Bereitstellung von Quarantäneeinrichtungen ansprechend gestalten. Gezielte Maßnahmen zum Schutz der Risikogruppen bieten sich somit als freiheitsschonende Mittel an, die die Betroffenen nicht weniger, vielleicht sogar besser schützen als die Inpflichtnahme der gesamten Bevölkerung.<sup>91</sup>

Außerdem wäre eine **Schulschließung** als milderes Mittel denkbar. Die 8. BayIfSMV beruht nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts auf einem Gesamtkonzept, im Rahmen dessen insbesondere Schulen und Betreuungseinrichtungen für Kinder sowie eine große Zahl von Betrieben und Unternehmen geöffnet bleiben sollen.<sup>92</sup> Es ist jedoch inkonsequent, das Argument der Nichtnachverfolgbarkeit von 75 % der Neuinfektionen gelten zu lassen, um Gastronomieschließungen zu rechtfertigen, aber zugleich in Hinblick auf die Schulen zu ignorieren. Denn auch wenn die Privilegierung der Schulen in der Öffentlichkeit große Zustimmung findet, ist sie verfassungsrechtlich nicht geboten. Nach ganz herrschender Meinung überträgt Art. 7 I GG dem Staat einen eigenständigen Bildungs- und Erziehungsauftrag im Schulbereich. Nach Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat der Staat ein funktionierendes Schulsystem zu gewährleisten, das jedem Schüler entsprechend seiner Begabung eine Schulausbildung ermöglicht. Daraus lässt sich jedoch kein Recht auf Präsenzunterricht ableiten. Durch das Homeschooling kommt der Staat seinem verfassungsrechtlichen Auftrag weiterhin nach. Nach Ansicht der Gerichte sind Schulschließungen auch geeignet, um das Infektionsgeschehen einzudämmen, da sie besonders zahlreiche und (in vollen Klassenzimmern) enge physische Kontakte zwischen den Kindern unterbinden. Im Frühjahr hielt man sie auch noch für erforderlich, da insbesondere eine Teilöffnung organisatorisch nicht umzusetzen und das Risiko erst bei sinkenden Infektionszahlen vertretbar sei. Auch die Angemessenheit hielt man für gewahrt, da die Eltern nur mittelbar in ihrer Berufsausübung, nämlich in der Freiheit, ihre Berufsausübung in zeitlicher und örtlicher Hinsicht nach ihren persönlichen Vorstellungen zu organisieren, betroffen seien.<sup>93</sup> An den Schulen kann aufgrund der hohen Schülerzahl kein Hygienekonzept so streng umgesetzt werden wie in vielen Kulturstätten. Daher sind dort nachweislich viele Infektionen entstanden, die dafür sorgen, dass momentan ohnehin mehr als 300.000 Schüler von den Gesundheitsämtern in Quarantäne geschickt und unzählige Schulen geschlossen wurden.<sup>94</sup> Die Schulen zwangsweise offen zu halten, gleicht einem Kampf gegen

---

<sup>91</sup> Vgl. WD 3 - 3000 - 079/20 S. 22.

<sup>92</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 11. November 2020 - 1 BvR 2530/20 - Rn. 16.

<sup>93</sup> Vgl. WD 3 - 3000 - 127/20 S. 4 ff.

<sup>94</sup> Vgl. <https://www.tagesspiegel.de/wissen/der-schleichende-lockdown-der-schulen-immer-mehr-lehrer-schueler-und-klassen-in-quarantaene/26591238.html>; <https://www.tagesschau.de/inland/corona-schulen-107.html>.

Windmühlen, mit dem bedauerlicherweise so viele andere Grundrechtseingriffe gerechtfertigt werden. Vor dem Hintergrund des übergeordneten Ziels des Gesundheitsschutzes wäre es also geboten, vom Präsenz- auf den Digitalunterricht zu wechseln. Mit Hilfsprogrammen könnte der Staat die Chancengleichheit gewährleisten und beispielsweise einkommensschwächeren Familien die nötige Technik zur Verfügung stellen sowie stabilere Online-Portale entwickeln lassen. Oft wird vorgebracht, dass Homeschooling drei wesentliche Funktionen der Schule außer Kraft setze, nämlich die Strukturierung des Lernens im Alltag, den das Lernen unterstützende und die gesellschaftliche Teilhabe einübende soziale Austausch mit Gleichaltrigen und Lehrkräften sowie die professionelle Rückmeldung auf Lernfortschritte. Das stelle einen Eingriff in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht dar. Eben dieser könnte durch eine Reduzierung der Kontaktbeschränkung sowie die Öffnung von Kulturstätten und die Durchführung von kulturellen Veranstaltungen ausgeglichen werden. Es könnten feste Lerngruppen gebildet werden, die gemeinsam am Digitalunterricht teilnehmen und zusammen Aufgaben lösen, sodass die Schüler soziale Interaktionen haben. Durch den regelmäßigen gemeinsamen Besuch von kulturellen Veranstaltungen bliebe der Lernalltag abwechslungsreich und das Klassengefüge erhalten, da dort eine Wahrung des Mindestabstands möglich ist. Wenn der Verordnungsgeber Schulen momentan offenlässt, obwohl dort Neuinfektionen nicht verhindert werden können, aus Rücksicht auf vergleichsweise geringe Grundrechtseinschränkungen von Schülern und Eltern, aber Kulturstätten schließt, obwohl Neuinfektionen dort nachweislich unterbunden werden können und die Kultur(-Ausübungs-)Freiheit erheblich eingeschränkt wird, hat er aus meiner Sicht seinen Einschätzungsspielraum offensichtlich überschritten.

#### **d) Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit i. e. S.)**

Die Angemessenheit wäre gewahrt, wenn die Grundrechtseingriffe nicht außer Verhältnis zum verfolgten Zweck stünden.

Die Kontaktbeschränkungen und Veranstaltungsverbote wurden in erster Linie verhängt, um den öffentlichen (und kollektiven?) Gesundheitsschutz zu gewährleisten. Insbesondere ältere Menschen und Patienten mit Vorerkrankungen sind besonders von COVID-19 gefährdet.

Dem gegenüber stehen die in dieser Verfassungsbeschwerde gerügten Grundrechtsverletzungen von mir und aller 13 Millionen Bayern.

Schon die von der Regierung verwendete Bezeichnung „Lockdown *Light*“ ist irreführend. Im Vergleich zum Frühling ist zwar die Ausgangsbeschränkung entfallen – doch wo soll man als Privatperson noch hingehen? Jegliche Veranstaltungen sind untersagt, Gast- und Kulturstätten wie Museen, Theater, Kinos geschlossen. Sport alleine oder zu zweit an der frischen Luft treiben durfte man auch schon während der Ausgangsbeschränkung ebenso wie zur Arbeit zu fahren oder einkaufen zu gehen. Auch muss man sich bewusst machen, dass diese intensiven Grundrechtseinschränkungen auf Dauer nicht zur verfassungsrechtlichen Normalität werden dürfen, was bei der aktuellen Strategie der „Wellenbrecher-Lockdowns“ aber der Fall wird. Man hat sich gezwungenermaßen schon so sehr an die Belastungen gewöhnt, dass man sich bei dem Gedanken ertappt: „Ich kann schon froh sein, dass ich überhaupt noch eine andere Person treffen darf.“ Das ist in einem freiheitlichen Rechtsstaat nicht haltbar!

Mit den Eingriffen insb. in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht und die Kulturfreiheit werden Kernelemente des Mensch-Seins und des menschlichen Zusammenlebens, die in einer rechtsstaatlichen Demokratie eigentlich unantastbar und immer von Seiten des Staates garantiert sein sollten, in Frage gestellt. Wenn man meine Herleitung eines „Grundrechts auf Kulturausübung und –genuss“ teilt, könnte man aufgrund der weitreichenden Wirkverbote dieses sogar in seinem Wesensgehalt angetastet sehen (Art. 19 II GG). Denn zum Wesensgehalt eines jeden Grundrechts gehören jeweils diejenigen seiner Bestandteile, die dafür Sorge tragen, dass sich dieses Freiheitsgrundrecht als subjektives Abwehrrecht gegenüber der einfachen Rechtsordnung und den Rechtsanwendern hinreichend durchsetzt und seine Grundidentität wahrt. Selbst schwerwiegende Interessen der Allgemeinheit können Eingriffe in diesen Bereich nicht rechtfertigen.<sup>95</sup> Das Grundrecht auf Kulturausübung und –genuss soll gerade verhindern, dass kulturelle Tätigkeiten vom Staat unter einen Erlaubnisvorbehalt gestellt werden.<sup>96</sup>

Weiterhin muss man berücksichtigen, dass das aus Art. 2 (i. V. m. Art. 1) GG ableitbare Selbstbestimmungsrecht der Menschen ebenfalls schwer wiegt. § 28 I 3 IfSG verbietet ausdrücklich Heilbehandlungen und ist somit Ausdruck unseres Verfassungsverständnisses, dass der Mensch in freier Entscheidung Risiken eingeht oder nicht. Die wenigsten Personen müssen sich einer Infektion aussetzen. Wenn der Staat seine Fürsorgepflicht überzieht, nimmt er allen – auch den Mitgliedern der Risikogruppen – das Recht, ihr Leben frei zu gestalten.

Ein größeres Gewicht in der Abwägung sollte einnehmen, dass die staatlichen Maßnahmen nicht auf die Abwehr eines ohne Abwehrmaßnahmen mit Sicherheit drohenden Todes zielen, sondern vielmehr auf die Abwehr von Risiken für Leben und Gesundheit. Auch vor Risiken für diese Rechtsgüter schützt Art. 2 II GG. Aber einem Risiko für das Leben ausgesetzt zu sein, ist eine viel geringere Beeinträchtigung als die Vernichtung des Lebens. In der Abwägung steht nicht eine Vielzahl von potentiellen Corona-Toten gegen die ergriffenen Freiheitseinschränkungen, sondern diesen Freiheitseinschränkungen steht das Risiko gegenüber, dass es zu Corona-Toten käme, wenn die Maßnahmen nicht ergriffen würden. Um präzise zu sein, besteht der Gemeinwohlvorteil, der gegen die aus den Freiheitseinschränkungen resultierenden Nachteile abzuwägen ist, in der Minderung dieses Risikos.<sup>97</sup> Dieses Risiko lässt sich anhand der Angaben des Robert-Koch-Instituts quantifizieren. Demnach verläuft bei der „überwiegenden“ Zahl der Fälle die Infektion mild. Weiterhin ist die Belastung des Gesundheitssystems in Deutschland zwar „in weiten Teilen angespannt“, aber noch nicht katastrophal. Ebenso wird die Gefährdungslage nur für Risikogruppen als „sehr hoch“ eingeschätzt.<sup>98</sup> Vor dem Hintergrund, dass die Infektions-Letalitätsrate zwischen 0,21 und 1,29 % liegt,<sup>99</sup> sollten diese sprachlichen Beurteilungen zwar ernstgenommen, aber nicht überdramatisiert werden, da sie kaum Luft nach oben für ein

---

<sup>95</sup> Vgl. Maunz/Dürig/Remmert, 91. EL April 2020, GG Art. 19 Abs. 2 Rn. 38, 41, 44.

<sup>96</sup> Vgl. für ähnliche Überlegungen bzgl. Art. 5 III GG bei einem Schreibverbot: Maunz/Dürig/Remmert GG Art. 19 Abs. 2 Rn. 44.

<sup>97</sup> Vgl. Murswiek, Verfassungsrechtliche Probleme der Corona-Bekämpfung. Stellungnahme für die Enquete-Kommission 17/2 „Corona-Pandemie“ des Landtags Rheinland-Pfalz, S. 12.

<sup>98</sup> Vgl. [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Risikobewertung.html](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikobewertung.html).

<sup>99</sup> Vgl. <https://www.nzz.ch/wissenschaft/coronaviurs-warum-die-letalitaet-weltweit-so-unterschiedlich-ist-ld.1585067>.

tödlicheres Virus lassen. Außerdem muss man sich eingestehen, dass es unzählige Beispiele für Lebens- und Gesundheitsrisiken in der Größenordnung der aktuellen Pandemie gibt, die durch staatliche Freiheitseinschränkungen vermieden oder wesentlich vermindert werden könnten, ohne dass dies geschieht oder auch nur von starken politischen Kräften gefordert würde. Diese Risiken wurden und werden hingenommen, ohne dass der Staat drastische Freiheitseinschränkungen zu ihrer Verhinderung ergreift, obwohl solche Maßnahmen möglich wäre (z.B. Lockdown bei Grippe; Verbote für unfallträchtige Tätigkeiten; Verbot für Inverkehrbringen von Zucker).<sup>100</sup>

Da bei den Corona-Bekämpfungsmaßnahmen die Rettung von Leben (die bei Überlastung des Gesundheitssystems nicht gerettet werden könnten) im Vordergrund stehen, muss auch abgeschätzt werden, wie viele Leben sie kosten werden, insbesondere durch Zunahme von häuslicher Gewalt, Depressionen (z. B. durch soziale Isolation, Arbeitslosigkeit) und Suiziden. Der Bericht eines BMI-Beamten zu den Kollateralschäden durch den ersten „Lockdown“ im Frühling lässt vermuten, dass diese höher ausfielen als der vermeintliche Nutzen.<sup>101</sup> Der Rückgang der Fallzahlen ist politisch zwar eine dringende Aufgabe, aber nicht um jeden Preis. Die Maßnahmen zur Eindämmung der Pandemie sind so zu wählen, dass man schwere Verläufe wirksam mindert, ohne neue Schäden zu verursachen.<sup>102</sup> Dieser Punkt scheint bei dem Entscheidungsfindungsprozess zu den aktuellen Maßnahmen wieder zu kurz gekommen zu sein.

Schon seit dem Anfang der Pandemie wird im juristischen und politischen Kurs darauf gedrungen, dass Bundestag und Landesparlamente die wesentlichen grundrechtsrelevanten Regelungen der Pandemiebekämpfung treffen sollten. Dies gebietet schon der Vorbehalt des Gesetzes aus Art. 20 II 1, 2 GG, wonach die Gesetzgebungsorgane alle wesentlichen Entscheidungen zu treffen haben. Es steht und stand dem Bundestag jederzeit offen, das Ende der pandemischen Lage nach § 5 Abs. 2 S. 2 IfSG festzustellen, das Infektionsschutzgesetz zu ändern oder ganz neue Pandemiegesetze zu erlassen. Die Landesparlamente können gem. Art. 80 Abs. 4 GG i. V. m. den Regelungen der jeweiligen Landesverfassung ebenfalls von §§ 32 S. 1, 28 Abs. 1 IfSG Gebrauch machen und Gesetze anstelle der durch die Regierungen zu erlassenden Rechtsverordnungen verabschieden. Nach Art. 76 Abs. 1 GG können Initiativen zur Gesetzgebung aus der Mitte des Bundestages eingebracht werden. Entsprechende Regelungen finden sich in den Landesverfassungen. Die Abgeordneten des Bundestages und der Landtage haben also jederzeit die Möglichkeit, die Parlamente auch außerhalb des Haushaltsrechts wieder ins Spiel zu bringen. Aus demokratischer Sicht ist es vorzuzugswürdig, wenn die Exekutivlastigkeit der Pandemiebekämpfung nach mehr als einem halben Jahr abgelöst wird und die Parlamente die Maßnahmen in ihren Grundzügen diskutieren und legitimieren, *bevor* sie beschlossen werden.<sup>103</sup>

---

<sup>100</sup> Vgl. Murswiek, S. 29, <https://dokumente.landtag.rlp.de/landtag/vorlagen/2-12-17.pdf>.

<sup>101</sup> Vgl. Murswiek, S. 34 ff. i. V. m. interner BMI-Bericht, <https://www.tichyseinblick.de/wp-content/uploads/2020/05/Corona-Ma%C3%9Fnahmenbewertung.pdf>.

<sup>102</sup> Vgl. KBV, Gemeinsames Positionspapier zur COVID-19-Pandemie, S. 3.

<sup>103</sup> Vgl. Gallon, Johannes; Mangold, Anna Katharina: *Rechtsstaatliche Immunabwehr: Verfassungsrechtliche Überlegungen zu den Corona-Maßnahmen anlässlich des „Wellenbrecher-Lockdown“*, *VerfBlog*, 2020/10/31, <https://verfassungsblog.de/rechtsstaatliche-immunabwehr/>.

Dass momentan im Bundestag über eine Überarbeitung des IfSG beraten wird, ändert daher nichts an der Verfassungswidrigkeit der bisherigen Maßnahmen – zumal sich auch hiergegen wieder verfassungsrechtliche Bedenken mehren. So werde es „dem Problem der nicht ausreichenden Rechtsgrundlagen, das seit Monaten bekannt ist, nicht ansatzweise gerecht“<sup>104</sup> und sei „voller handwerklicher Fehler“<sup>105</sup>. Wenn das Bundesverfassungsgericht meiner Argumentation folgen und eine „Ausgangsbeschränkung“ oder eine völlige „Untersagung von Kulturveranstaltungen“ aufgrund ihrer Intensität unabhängig von den Umständen als verfassungswidrig ansehen sollte, würde das auch nicht durch eine gesetzliche Verankerung in einem neuen „§ 28a IfSG“ geheilt werden können.

Das Willkürverbot zwingt die Exekutiv- und Legislativorgane zu rationalen Entscheidungen. Nach der „Willkürformel“ ist der Gleichheitssatz dann verletzt, wenn sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonst wie sachlich einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung nicht finden lässt.<sup>106</sup> Nach der „Neuen Formel“ ist das Gleichheitsgrundrecht vor allem dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten.<sup>107</sup> Diese Anforderung legt Legislative und Exekutive zugleich eine Pflicht zur Eigenkontrolle durch Begründung auf, die mit zunehmendem Wissen über das Virus und dessen Verbreitung präziser werden muss.<sup>108</sup>

Die 8. BayIfSMV selbst enthält keine Begründung der Maßnahmen. Sie beruht aber auf dem rechtsunverbindlichen (!) Bund-Länder-Beschluss vom 28.10.2020<sup>109</sup>. In diesem wird allgemein vor einer „akuten nationalen Gesundheitsnotlage“ bei ungebremstem Infektionsgeschehen gewarnt. Es fehlen jedoch konkrete Angaben zu Quantität und Wahrscheinlichkeit einer Überlastung des Gesundheitssystems. Angesichts der jahrzehntelangen, wissenschaftlich begleiteten Erfahrungen mit Influenza-Viren, der Ausbreitung von Covid-19 seit Januar in diversen Ländern, der Entwicklung in Deutschland ab März und den mittlerweile vorliegenden (wenn auch nur vorläufigen) wissenschaftliche Studien wäre eine genauere Begründung zu erwarten gewesen. Der befürchtete Kontrollverlust der Gesundheitsämter zeigt eher das eigene logistische Versagen der Regierung auf als dass es Rechtfertigung für derart schwere Grundrechtseingriffe sein könnte – gerade da über den „ruhigeren“ Sommer genügend Zeit gewesen wäre, um aus den Fehlern des Frühlings zu lernen und die Kapazitäten aufzustocken. In einem säkularen Staat (Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 I WRV) erscheint auch folgendes Argument für die Notwendigkeit der

---

<sup>104</sup> Vgl. Kießling, Andrea: *Was verlangen Parlamentsvorbehalt und Bestimmtheitsgebot?: Standardmaßnahmen im Infektionsschutzgesetz*, *VerfBlog*, 2020/11/04, <https://verfassungsblog.de/was-verlangen-parlamentsvorbehalt-und-bestimmtheitsgebot/>.

<sup>105</sup> Vgl. <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/corona-massnahmen-28a-ifsg-rechtssicherheit-gerichte-verfassungswidrig-unbestimmt-anhoerung-bundestag/> m. w. N.

<sup>106</sup> Vgl. Sachs/Nußberger, 8. Aufl. 2018, GG Art. 3 Rn. 8.

<sup>107</sup> Vgl. Sachs/Nußberger, 8. Aufl. 2018, GG Art. 3 Rn. 13.

<sup>108</sup> Vgl. Gallon, Johannes; Mangold, Anna Katharina: *Rechtsstaatliche Immunabwehr: Verfassungsrechtliche Überlegungen zu den Corona-Maßnahmen anlässlich des „Wellenbrecher-Lockdown“*, *VerfBlog*, 2020/10/31, <https://verfassungsblog.de/rechtsstaatliche-immunabwehr/>.

<sup>109</sup> Abrufbar unter:

<https://www.bundesregierung.de/resource/blob/975232/1805024/5353edede6c0125ebe5b5166504dfd79/2020-10-28-mpk-beschluss-corona-data.pdf?download=1>.

aktuellen Maßnahmen unangebracht: „Bund und Länder streben an, zügig die Infektionsdynamik zu unterbrechen, damit [...] in der Weihnachtszeit keine weitreichenden Beschränkungen im Hinblick auf persönliche Kontakte und wirtschaftliche Tätigkeit erforderlich sind. Familien und Freunde sollen sich auch unter Corona-Bedingungen in der Weihnachtszeit treffen können. Dazu bedarf es jetzt erneut, wie schon im Frühjahr, einer gemeinsamen nationalen Anstrengung des Bundes und aller Länder.“ Die Verhältnismäßigkeitsabwägung von so weitreichenden Grundrechtseingriffen sollte nicht von der zeitlichen Lage religiöser Feiertage abhängig gemacht werden. Zurecht erklärt der Freistaat Thüringen in einer eigenen Protokollerklärung, dass die Ministerpräsidentenkonferenz ihre Aufgabe nicht überstrapazieren darf und das Parlament erst noch konkrete Ermächtigungsgrundlagen schaffen müsse. Außerdem mangelt es an jeglicher Begründung für die Ungleichbehandlung von Gastronomie-, Kultur- und Freizeiteinrichtungen.

Dass diese verfassungsrechtlich unhaltbar ist, erklärt Prof. Kingreen in einem aktuellen Beitrag auf dem „Verfassungsblog“<sup>110</sup>:

*„Veranstaltungen aller Art werden abgesagt. Ausgenommen sind verfassungsrechtlich geschützte Bereiche wie beispielsweise Gottesdienste oder das Demonstrationsrecht. Das liest man auf der Website des Bayerischen Staatsministeriums für Gesundheit und Pflege<sup>111</sup>. [...] Warum sind nicht auch andere ‚verfassungsrechtlich geschützte Bereiche‘ vom Lockdown ausgenommen? Auch dem Ministerium kann ja nicht entgangen sein, dass das Karussell auf dem Weihnachtsmarkt etwas mit der Berufsfreiheit seines Betreibers zu tun hat, und es gibt Menschen, für die der Besuch des Stadions zum Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) gehört. Zudem zählen etwa das Theater und der Konzertsaal zum Wirkbereich der Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG). Die Verordnungsgeber versuchen sich hier an der gewagten Unterscheidung zwischen der systemrelevanten ‚Wirtschaft‘ und dem gerade nicht so wichtigen Sport- und Kulturbereich. Friseure dürfen öffnen, Kosmetiksalons nicht. Wir dürfen in den nächsten Wochen tagein, tagaus durch Autohäuser und Baumärkte streifen, aber das Kino und die Kabarettbühne sind tabu. Maßgeblich für die Abgrenzung zwischen geöffneten und geschlossenen Einrichtungen ist damit die folgende Kontrollfrage: Ist das Kunst? Dann kann das weg! Zwar weiß man bei 75% der Fälle gar nicht, wo sich die Betroffenen angesteckt haben. Natürlich kann es auch im Theater oder im Stadion passiert sein. Es hilft also nichts: Wir müssen Kontakte reduzieren. Aber die Ansteckung kann eben auch im Baumarkt oder im Autohaus erfolgt sein. Warum müssen wir zum Infektionsschutz im November zwar auf die Zauberflöte, aber nicht auf die Laubsäge verzichten? In einem politisch-kulturellen Sinne geht es hier um den Respekt vor Institutionen, die mit hohem Aufwand und in der festen Überzeugung, dass alle mitmachen müssen, Hygienekonzepte entwickelt haben. Verfassungsrechtlich problematisch ist es, dass die seit dem 2. November geltenden Verordnungen subkutan unterstellen, es gebe eine Art Hierarchie unter den Freiheitsrechten. Die Religionsfreiheit ist aber nicht wichtiger als die Kunstfreiheit und zudem die Infektionsgefahr im Gottesdienst keine andere als im Theater.*

<sup>110</sup> Vgl. Kingreen, Thorsten: *Ist das Kunst? Dann kann das weg!*, *VerfBlog*, 2020/11/04, <https://verfassungsblog.de/ist-das-kunst-dann-kann-das-weg/>.

<sup>111</sup> Vgl. <https://www.stmgp.bayern.de/coronavirus/haeufig-gestellte-fragen/#fragen-zum-oeffentlichen-leben>.

Dort könnte man sogar Kontakte nachverfolgen, anders als in den gleichwohl geöffneten Baumärkten und Autohäusern. [...] Differenzierungen, für die sich keine guten Gründe finden lassen, sind nicht nur verfassungswidrig, sondern sie untergraben auch die politische Legitimation der Maßnahmen zur Bekämpfung des Virus; und das ausgerechnet in einer Situation, in der es wirklich auf jeden Einzelnen ankommt.“

Das Bundesverfassungsgericht hat zum Rauchverbot in Baden-Württemberg ausgeführt:

„Hat sich der Gesetzgeber aufgrund des ihm zukommenden Spielraums zu einer bestimmten Einschätzung des Gefahrenpotenzials entschlossen, auf dieser Grundlage die betroffenen Interessen bewertet und ein Regelungskonzept gewählt, so muss er diese Entscheidung auch folgerichtig weiterverfolgen. Gefahreinschätzungen sind nicht schlüssig, wenn identischen Gefährdungen in demselben Gesetz unterschiedliches Gewicht beigemessen wird.“<sup>112</sup>

Laut Prof. Kingreen sei eine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung in Bezug auf die Kultureinrichtungen folglich schwierig, denn hier gebe es eben grundsätzlich keine andere infektionsschutzrechtliche Lage als in vielen nach wie vor geöffneten Einrichtungen. Wenn man hier einerseits gleich wirksamen und andererseits gleichheitsgerechten Infektionsschutz gewährleisten möchte, müsste man eben zwei Wochen die Baumärkte und Autohäuser und dann zwei Wochen Theater und Kinos schließen, aber nicht nur einfach vier Wochen die zuletzt genannten.

Ergänzend möchte ich vorbringen, dass aus verfassungsrechtlicher Sicht Kultur auch sehr wohl „systemrelevant“ ist: Laut Staatsministerin Grütters ist sie elementarer Bestandteil unseres Zusammenlebens und unseres Menschseins. Auf sie verzichten zu müssen, sei ein großer Verlust an Lebensqualität, Inspiration und Kontemplation. Kunst und Kultur könnten gerade in Krisenzeiten ein wesentliches Element der mentalen Auseinandersetzung und emotionalen Verarbeitung sein.<sup>113</sup>

Die erste Frage der Pressekonferenz, in der u. a. die Bundeskanzlerin und der bayerische Ministerpräsident den Bund-Länder-Beschluss vorgestellt haben, richtete sich auf Gottesdienste und warum sie weiter erlaubt seien. Die Kanzlerin antwortete: „So wie wir versucht haben, zum Beispiel alle Geschäfte offen zu lassen, erschien es uns nicht angemessen und vergleichbar, Gottesdienste zu verbieten.“ Der bayerische Ministerpräsident fügte hinzu, dass man angesichts des Schutzes der Versammlungs- und der Religionsfreiheit hier besonders zurückhaltend sein müsse.“

Selbst wenn man eine Schließung nicht mit dem (ja geringen) Risiko des Aufenthalts begründet, sondern der Empfehlung des RKI, insgesamt und generalisiert Kontakte und Bewegungen im privaten und öffentlichen Raum einzuschränken, wirkt es angesichts der Ungleichbehandlung der Kultur so, als ob hinter ihnen nicht nur Evidenzen, sondern politische Wertentscheidungen stünden. Der Eindruck, dass dem Staat die Religion wichtiger sei als Kultur, ist aber verheerend. Oder wie es Kultursenator Brosda in der ZEIT beschreibt: „Und dass man sich auch in den kommenden Wochen weiter Socken in einem vollen

---

<sup>112</sup> Vgl. BVerfGE 121, 362 f.

<sup>113</sup> Vgl. <https://www.kulturrat.de/wp-content/uploads/2020/03/puk04-20.pdf> S. 3.

Kaufhaus kaufen darf, aber nicht mit der Weltdeutung der Kunst in einem Museum auseinandersetzen kann, ist mindestens erklärungsbedürftig. Dass die Bürgerrolle weit über Arbeiten und Einkaufen hinausgeht, wird hier nicht ausreichend berücksichtigt. Kultur nicht als eigene Dimension zu erfassen, sondern der Freizeitgestaltung unterzuwerfen, ist ein Kategorienfehler von einem Ausmaß, wie man es einer aufgeklärten Gesellschaft nicht zugetraut hätte. Denn wer Kultur mit Unterhaltung und Zerstreuung gleichsetzt, zerstört jene Fundamente, auf die demokratische offene Gesellschaften gegründet sind. Wer in der Kunst bloß überflüssige Erbauung sieht, auf die man ruhig mal verzichten könne, der gefährdet jene Erkenntnis, die der Verfassungsrichter Ernst-Wolfgang Böckenförde uns hinterlassen hat: ‚Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann.‘ Diese Voraussetzungen liegen natürlich auch in Religion und Tradition. Sie liegen aber nicht erst im 21. Jahrhundert ebenso in den kulturellen Deutungsangeboten und künstlerischen Interventionen, deren Freiheit unsere Verfassung in Artikel 5 beinahe unkonkonditioniert schützt. Wer diese fundamentale Relevanz als Freizeitverhalten mit Fitnessstudios, Spielbanken und Bordellen in eine Reihe stellt, muss sich vorwerfen lassen, allzu leichtfertig all das zu diskreditieren, was unsere Demokratie ausmacht.“<sup>114</sup>

**Mangels eines sachlichen Rechtfertigungsgrundes oder eines verfassungsrechtlich relevanten Unterschieds zwischen den Kulturstätten und den geöffneten Institutionen sind somit Gleichheitssatz und Willkürverbot nach beiden Formeln verletzt.**

Laut Prof. Kingreen sollte bei der darüber hinaus gehenden Beschränkung des Soziallebens auch Folgendes beachtet werden:

„Für die verfassungsrechtliche Abwägung kommt es zudem entscheidend darauf an, was diese Maßnahmen genau schützen. Meist wird pauschal auf das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) verwiesen. [...] Allerdings wird verbreitet davon ausgegangen, dass mit den Maßnahmen vor allem die individuelle Gesundheit jedes Einzelnen geschützt werde. Deshalb ist die öffentliche Debatte auf die horrende Anzahl von steigenden Neuinfektionen fokussiert, mit der wir seit Wochen jeden Morgen aufwachen. Aber nach wie vor hat die ganz überwiegende Zahl der Infizierten zum Glück entweder gar keine Symptome oder harmlose Verläufe, die eine derart massive Beschränkung des öffentlichen Lebens niemals rechtfertigen würden. Was wir hingegen wirklich schützen und schützen müssen, ist die öffentliche Gesundheit, d. h. die Institutionen des Gesundheitswesens und ihre Mitarbeiter, denen Triage-Situationen auf den Intensivstationen nicht zugemutet werden dürfen. [...]

Verfassungsrechtlich und gesetzestechnisch muss allerdings zwischen der sicherheitsrechtlichen Gefahrenabwehr und der im Vorfeld des Gefahrenabwehrrechts ansetzenden Risikovorsorge differenziert werden. Maßnahmen der Gefahrenabwehr, die die öffentliche Gesundheit schützen, orientieren sich nicht an der Zahl der individuellen Krankheitsfälle, sondern an der medizinischen Infrastruktur (Intensivbetten, Pflegepersonal).

---

<sup>114</sup> Vgl. <https://www.zeit.de/kultur/2020-11/kultur-corona-krise-beschluesse-lockdown-kunst-pandemie-beschaenkung/komplettansicht>.

[...] Die präventive Risikovorsorge muss sich demgegenüber darauf konzentrieren, wer die Infrastruktur in Anspruch nimmt, d. h. sie muss die Kriterien identifizieren, die die Wahrscheinlichkeit erhöhen, dass Infizierte zu Intensivpatienten werden. Beispielsweise weiß man mittlerweile, dass tendenziell mehr ältere Menschen betroffen sind und dass drei Viertel der Betroffenen unter Komorbiditäten wie vor allem Adipositas/Übergewicht und Bluthochdruck leiden. Natürlich gibt es auch die 20-jährige ohne jede Vorerkrankung. Wenn man aber die öffentliche Gesundheit schützen will, wird sich die präventive Risikovorsorge auf diese Risikogruppen konzentrieren müssen. Es ist allerdings nach wie vor schwer, diese Debatte zu führen, weil sie vorschnell in die Diskriminierungssecke gestellt und von Schlagworten wie ‘Wegsperrern’ beherrscht wird. Tatsächlich geht es hier aber gerade nicht um das repressive Instrumentarium des Gefahrenabwehrrechts, sondern etwa darum, besondere Angebote für die Beschaffung des täglichen Bedarfs und die Mobilität zu schaffen, berufliche Privilegierungen zu ermöglichen und Test- und Laborkapazitäten zugunsten der Risikogruppen zu priorisieren. Es geht also um Angebote und nicht um sicherheitsrechtlichen Zwang; daher stellt sich auch das Problem der Abgrenzung, wer genau Risikogruppe ist, nicht in der Schärfe wie bei Zwangsmaßnahmen.“

Wenn man trotzdem daran festhalten wolle, vor allem die individuelle und nicht die öffentliche Gesundheit und mit ihr Risikogruppen zu schützen, käme man um wiederkehrende Lockdowns nicht herum.<sup>115</sup> Bei einer Abstimmung auf den individuellen Gesundheitsschutz müssen schwerwiegende Eingriffe gegen Nicht-Störer als unverhältnismäßig betrachtet werden. „Dass ein 85-Jähriger nicht verlangen kann, dass zu seinem individuellen Schutz vor einer gefährlichen Atemwegserkrankung ein gesamtes Bundesland mit Ausgangsverbot oder Kontaktbeschränkung belegt wird, wäre vor März 2020 eine Selbstverständlichkeit im deutschen Verwaltungsrecht gewesen“, wie es in den Kommentaren zu dem Artikel heißt.

### **Folglich sind auch die anderweitigen Einschränkungen des Soziallebens durch die Kontaktbeschränkungen in dieser Intensität als unverhältnismäßig zu werten.**

In der Entscheidung über meinen Eilantrag im April hat das Bundesverfassungsgericht angemerkt: „Gegenüber den Gefahren für Leib und Leben wiegen die Einschränkungen der persönlichen Freiheit weniger schwer. Insoweit ist auch zu berücksichtigen, dass die angegriffenen Regelungen von vornherein befristet sind, im Hinblick auf die Ausgangsbeschränkungen zahlreiche Ausnahmen vorsehen und bei der Ahndung von Verstößen im Einzelfall im Rahmen des Ermessens individuellen Belangen von besonderem Gewicht Rechnung zu tragen ist.“<sup>116</sup> Diese Kriterien werden im Rahmen der 8. BayIfSMV nicht erfüllt.

Zwar ist auch die 8. BayIfSMV **befristet** – auffallend ist jedoch, dass sie von Anfang an für vier Wochen gelten soll, wohingegen die Verordnungen im Frühjahr noch auf zwei Wochen befristet waren. Die Verhältnismäßigkeit hat aber eine zeitliche Dimension. Je länger

---

<sup>115</sup> Vgl. Kingreen, Thorsten: *Ist das Kunst? Dann kann das weg!*, *VerfBlog*, 2020/11/04, <https://verfassungsblog.de/ist-das-kunst-dann-kann-das-weg/>.

<sup>116</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 07. April 2020 - 1 BvR 755/20 -, Rn. 11.

intensive Grundrechtseinschränkungen andauern und je größer die dadurch entstehenden Schäden, desto größer ist die Rechtfertigungslast für den Staat, der sie anordnet. Wie lange genau eine Befristung zulässig ist, lässt sich nicht abstrakt in genauen Fristen beurteilen. Dies hängt von der fortlaufend zu beurteilenden Gefahr und der zum jeweiligen Zeitpunkt abzuwägenden Interessen und Schutzgüter ab. Je eher sich aufgrund der langen Dauer aber eine Verletzung des Kernbereichs der Grundrechte ergibt, desto kürzer sind die Maßnahmen zu befristen.<sup>117</sup> Zurecht haben die Gerichte deshalb die Pflicht des Ordnungsgebers zur regelmäßigen Evaluierung ihrer Notwendigkeit betont:

„Das Gebot folgerichtiger und systemgerechter Ausgestaltung intensiviert sich mit anhaltender und ausgeweiteter Geltungsdauer. Wo Vorschriften möglicherweise angesichts der außergewöhnlichen Eilbedürftigkeit zunächst an Inkonsistenz leiden, bedürfen Eingriffe in grundrechtliche Freiheiten, die sich auf überwiegende Gründe des Gemeinwohls berufen, aber jedenfalls mit ihrer Dauer einer kohärenten und konsistenten Rechtfertigung.“<sup>118</sup>

Die Pandemielage in Deutschland dauert nun schon über Monate an. Die Regierung hätte somit genügend Zeit gehabt, ein stimmiges Regelungssystem zu entwickeln und kann sich daher auch bei der (von ihr erwarteten!) „zweiten Welle“ nicht auf die Eilbedürftigkeit berufen, um Formfehler oder offensichtliche Ungleichbehandlungen (wie oben aufgeführt) zu heilen.

Aus dem Bund-Länder-Beschluss geht hervor, dass nach Ablauf von zwei Wochen die Bundeskanzlerin und die Landesregierungen sich erneut beraten und die durch die Maßnahmen erreichten Ziele beurteilen und notwendige Anpassungen vornehmen wollen. Dabei handelt es sich aber nur um eine unverbindliche Absprache. Verfassungsrechtlich geboten wäre es gewesen, die 8. BayIfSMV auf zwei Wochen zu befristen und dann ggf. durch eine Änderungsverordnung zu verlängern.

Für die Öffentlichkeit ist ebenfalls nicht nachvollziehbar, was passieren muss, damit die MPK dann eine Lockerung der Maßnahmen befürwortet oder ausschließt. So äußerte sich Schleswig-Holsteins Ministerpräsident widersprüchlich: „Wir müssen die Inzidenz unter 50 Neuinfektionen pro 100.000 Einwohner in sieben Tagen drücken. Am besten sogar noch unter 35.“<sup>119</sup> Auch Aussagen von anderen Spitzenpolitikern lassen erahnen, dass von Anfang an eine Verlängerung der Maßnahmen bis Weihnachten beabsichtigt war.<sup>120</sup> Dabei raten Virologen aufgrund ihrer begrenzten Aussagekraft davon ab, der 7-Tages-Inzidenz und dem willkürlich festgelegten Grenzwert von 50 zu viel Bedeutung zuzumessen.<sup>121</sup>

---

<sup>117</sup> Vgl. WD 3 - 3000 - 079/20 S. 25.

<sup>118</sup> Vgl. Verfassungsgerichtshof des Saarlandes, Beschluss vom 28. April 2020 – Lv 7/20.

<sup>119</sup> Vgl. <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/daniel-guenther-vor-corona-ministerpraesidentenkonferenz-familientreffen-an-weihnachten-muessen-moeglich-sein-a-1ffe506b-dd80-4475-bea5-2c6d55ae274e>.

<sup>120</sup> Vgl. <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/corona-shutdown-angela-merkel-gibt-gastronomie-keine-zusage-fuer-oeffnung-im-dezember-a-337c16db-6876-4b0c-a6f9-4379b31242f0>; <https://www.n-tv.de/politik/Soeder-will-erst-ab-Inzidenz-von-50-lockern-article22165777.html>.

<sup>121</sup> Vgl. KBV, S. 4; <https://www.mdr.de/nachrichten/podcast/kekule-corona/kekule-corona-kompass-folge-einhundertneunzehn-100.html> S. 3 f.

Es stellt sich auch schon die Frage, wie und ob die Regierung(en) ihrer **Evaluierungspflicht** überhaupt nachkommen können. Im Rahmen eines vor dem BayVGH laufenden Normkontrollverfahrens wurde bekannt, dass es im bayerischen Gesundheitsministerium keinerlei Akten gibt, auf deren Grundlage die Infektionsschutzmaßnahmenverordnungen beschlossen worden wären.<sup>122</sup> Das lässt befürchten, dass den bisherigen Grundrechtseinschränkungen keine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorausging.<sup>123</sup> Dabei sollte bei der Bewertung von Pandemierisiken nicht nur vom worst case ausgegangen werden, sondern alle möglichen Szenarien skizziert und ihre Wahrscheinlichkeit bewertet werden. Um die Erkenntnisgrundlage zu vergrößern, müssen alle Möglichkeiten ausgeschöpft sowie Kollateralschäden vorab abgeschätzt und währenddessen auch erfasst werden. Für jede einzelne Maßnahme, die beschlossen wird, muss sorgfältig geprüft werden, ob sie wirklich notwendig ist, oder ob der Zweck durch eine weniger freiheitseinschränkende Maßnahme erreicht werden kann. Es ist das oberste Gebot, diese zuvorderst einzusetzen.<sup>124</sup>

Auf Basis welcher wissenschaftlichen Erkenntnisse oder Expertenmeinungen wird dann über die Fortgeltung der 8. BayIfSMV entschieden werden? Denn die Ministerpräsidentenkonferenz kann viel beschließen – für die Bürger ist entscheidend, was die Landesregierungen letztlich umsetzen und an diesem Punkt muss Transparenz herrschen. Ein aktuelles Beispiel zeigt den Unwillen der Regierung, nach Evaluierung neuer Umstände differenzierte Entscheidungen zu treffen: Nachdem der BayVGH die bisherige Schließung von Fitnessstudios durch die 8. BayIfSMV aufgehoben hat, weil auf der anderen Seite sonstige Sportstätten für Individualsport geöffnet seien, verkündete die Regierung am folgenden Tag, die Ungleichbehandlung durch das Verbot sämtlichen Indoor-Sports aufzuheben.<sup>125</sup> Der Kläger hat im Ergebnis durch das Beschreiten des Rechtswegs noch schärfere Grundrechtseinschränkungen auferlegt bekommen. Und die Regierung hat sich nicht gründlich mit dem Beschluss des BayVGH auseinandergesetzt, der die Öffnung der Sportstätten zumindest für den Individualsport gerade als das mildere Mittel im Vergleich zu einer völligen Schließung gewürdigt hat.<sup>126</sup>

Auch durch die Delegation der Verordnungszuständigkeit an das Gesundheitsstaatsministerium ergibt sich ein impliziter Abwägungsmangel. Die Verhältnismäßigkeit eines Grundrechtseingriffs erfordert die Rechtsgüterabwägung zwischen mehreren betroffenen Grundrechten. Gleichzeitig ist es Aufgabe eines Staatsministers der Gesundheit, den ihm zugewiesenen Geschäftsbereich selbstständig und eigenverantwortlich zu führen. Die klare Ressortaufteilung erlaubt eine politische Bewertung der Arbeit des Staatsministers: Seine Arbeit ist dann erfolgreich, wenn sie den Schutz und die Pflege der ihm zugeordneten Grundrechte maximiert hat. Am Erlass des Eingriffs nimmt kein pluralistisch zusammengesetztes Gremium teil, sondern er wird von einem bestimmten Ressort verantwortet, das gegebenenfalls von Experten eben dieses einschlägigen Fachbereichs

---

<sup>122</sup> Vgl. <https://www.br.de/nachrichten/bayern/corona-beschluesse-in-bayern-keine-akten-vorhanden,SAHjUHD>.

<sup>123</sup> Vgl. <https://www.ckb-anwaelte.de/download/2020000338JHJH966-Bayerischer-Verwaltungsgerichtshof.pdf>.

<sup>124</sup> Vgl. Murswiek, S. 44 ff.

<sup>125</sup> Vgl. <https://www.br.de/nachrichten/bayern/bayern-verbietet-ab-freitag-wegen-corona-krise-indoor-sport,SGADbr2>.

<sup>126</sup> Vgl. BayVGH v. 12.11.2020, 20 NE 20.2463 Rn. 27.

beraten wird. Eine gleichberechtigte Abwägung der betroffenen Grundrechtsinteressen ist damit von vornherein in Zweifel gezogen. Es wird nicht zu einer praktischen Konkordanz hin, sondern von einer Maximierung des Schutzguts her gedacht. Die organisationsrechtliche Zuteilung der Aufgabe zur Staatsministerin für Gesundheit und Pflege nimmt damit die Grundrechtsabwägung vorweg.<sup>127</sup>

Auf eine fehlende Evaluierung deutet auch hin, dass im Sommer die Vorgängerregelungen der 8. BayIfSMV oftmals kommentarlos – mitunter dreieinhalb Stunden vor Auslaufen in den Abendstunden! – trotz veränderten Infektionsgeschehens immer wieder um weitere zwei Wochen verlängert wurden (vgl. meine Korrespondenz, Anhang 3).

Vor diesem Hintergrund scheint die Dauer der 8. BayIfSMV ebenfalls willkürlich gewählt und verletzt das Übermaßverbot, was zu ihrer materiellen Verfassungswidrigkeit beiträgt.

Die 8. BayIfSMV enthält bezüglich der von mir angegriffenen Normen auch keine wirksamen **Ausnahmeregelungen**. Einzig nach § 5 II könnten auf Antrag von der zuständigen Kreisverwaltungsbehörde Ausnahmen vom Veranstaltungsverbot erteilt werden, soweit dies im Einzelfall aus infektionsschutzrechtlicher Sicht vertretbar ist. Allerdings sieht § 3 keine Ausnahmen von der allgemeinen Kontaktbeschränkung im öffentlichen Raum vor, sodass höchstens Veranstaltungen zwischen zwei Hausständen angemeldet werden könnten. Selbst bei verfassungskonformer Auslegung (was aber wiederum einen Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot belegen würde!) ist nach Lebenserfahrung aber zu bezweifeln, dass eine Kreisverwaltungsbehörde beispielsweise ein Konzert genehmigen würde, wenn auf der Webseite des Landesgesundheitsministeriums unmissverständlich steht, dass Veranstaltungen aller Art (s. o.) untersagt sind. Auch heißt es in § 25 nur, dass weitergehende (also verschärfende) Anordnungen der örtlichen Behörden unberührt blieben, nicht jedoch „weniger weit gehende“.

Dass bei der Ahndung von Verstößen **individuellen Belangen** im Einzelfall Rechnung getragen wird, ist reine Spekulation. Im Text der 8. BayIfSMV findet sich dazu jedenfalls nichts. Stattdessen wurde parallel ein „Bußgeldkatalog Corona-Pandemie“ bekanntgemacht (BayMBl. Nr. 617), in welchem genauestens aufgelistet wird, bei welchem Verstoß man mit welcher Geldbuße zu rechnen hat. Dass es sich dabei um einen „Regelsatz“ handelt und die Summe nach 5.3 ermäßigt werden kann, wird durch folgende Ankündigung des bayerischen Innenministers entkräftet: „Den vergleichsweise wenigen, für den Infektionsverlauf aber ebenso entscheidenden Zeitgenossen, die sich so gar nicht an die Regeln halten wollen, wird die Polizei auch in Zukunft und *verstärkt* Grenzen aufzeigen. Deshalb habe ich die Polizei angewiesen, gerade im öffentlichen Raum die Einhaltung der Infektionsschutzvorschriften intensiv zu kontrollieren und immer dort, wo es nach dem Verhalten der Betroffenen geboten ist, *gebührenpflichtige* Verwarnungen auszusprechen oder Ordnungswidrigkeitenanzeigen zu erstatten.“<sup>128</sup> Es ist den Normadressaten somit nicht zumutbar, die Verfassungsmäßigkeit

---

<sup>127</sup> Vgl. Schmitt: Die Verfassungswidrigkeit der landesweiten Ausgangsverbote, NVwZ 2020, 1629.

<sup>128</sup> Vgl. <https://www.stmi.bayern.de/miniwebs/coronavirus/lage/index.php>, Update vom 22. Oktober 2020 (eigene Hervorhebungen).

derart intensiver Maßnahmen auf das Ermessen einzelner Polizisten, das im Widerspruch zur Haltung ihres Dienstherrn stehen würde, zu stützen.

Sofern (auch für die Kulturbranche) angekündigte Entschädigungszahlungen<sup>129</sup> in der Verhältnismäßigkeitsprüfung positiv berücksichtigt werden sollen,<sup>130</sup> ist dem entgegenzuhalten, dass es sich dabei bisher bloß um politische Absichtserklärungen<sup>131</sup> handelt und sich erst noch zeigen muss, ob das Geld tatsächlich bei den Betroffenen ankommt oder im Bürokratie-Sumpf verschwindet. Die bisherigen Hilfsprogramme waren kompliziert, schlecht kommuniziert und haben ihre Wirkung verfehlt.<sup>132</sup> Außerdem muss berücksichtigt werden, dass das Grundrecht auf Kulturausübung und –genuss weniger die materiellen, sondern überwiegend die ideellen Früchte umfasst<sup>133</sup> und die aktuellen geistigen Verluste im Kulturleben nicht in Geld aufgewogen werden können.

Das Grundrecht auf Leben ist kein „Super-Grundrecht“, sondern gewährleistet wie jedes Grundrecht einen Anspruch auf **angemessenen** Schutz. Gerade wenn andere Rechte von Verfassungsrang aber wesentlich bedroht sind, kann eine Abwägung nicht immer zu Gunsten des Grundrechts auf Leben ausfallen. Die hier aufgeführten Grundrechtseingriffe wiegen so schwer, dass sie nicht hinter den Gefahren für Leib und Leben zurücktreten.

– zu 1. –

### **I. Unangemessenheit der Verfahrensdauer**

Nach Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gewährleistet Art. 19 IV 1 GG nicht nur das formelle Recht, die Gerichte gegen Handlungen der öffentlichen Gewalt anzurufen, sondern auch die Effektivität des Rechtsschutzes. Der verfassungsrechtlich garantierte Rechtsschutz kann aber nur dann i. S. v. Art. 19 IV und Art. 2 I in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip gem. Art. 20 III GG wirksam sein, wenn er innerhalb angemessener Zeit gewährt wird.<sup>134</sup> Dem Grundgesetz lassen sich allerdings keine allgemein gültigen Zeitvorgaben dafür entnehmen, wann von einer unangemessenen Verfahrensdauer auszugehen ist. Vielmehr ist die Angemessenheit der Dauer eines Verfahrens nach den besonderen Umständen des einzelnen Falles zu bestimmen.<sup>135</sup> Bei dieser Abwägung müssen insbesondere die politische und soziale Bedeutung der Sache<sup>136</sup>, die Natur des Verfahrens, die Auswirkungen einer langen Verfahrensdauer für die Beteiligten, die Schwierigkeit der Sachmaterie, das den Beteiligten zuzurechnende Verhalten, insbesondere von ihnen zu verantwortende Verfahrensverzögerungen, sowie die gerichtlich nur begrenzt zu

---

<sup>129</sup> Vgl. <https://www.mdr.de/kultur/corona-kultur-ausfaelle-freischaffende-kuenstler-100.html#sprung0>.

<sup>130</sup> Vgl. VGH München v. 05.11.2020, 20 NE 20.2468, Rn. 19.

<sup>131</sup> Vgl. VG Hamburg v. 10.11.2020, 13 E 4550/20, S. 6.

<sup>132</sup> Vgl. <https://www.sueddeutsche.de/bayern/bayern-corona-kuenstler-unterstuetzung-1.5091717>

<sup>133</sup> Vgl. die Abgrenzung von Art. 12 und Art. 14: Die Berufsfreiheit ist persönlichkeitsbezogen sowie zukunftsgerichtet und schützt die Betätigung selbst und nicht das Erworbenene, Sachs/Mann, 8. Aufl. 2018, GG Art. 12 Rn. 196.

<sup>134</sup> Vgl. BVerfG (Beschwerdekammer), Beschluss vom 8.12.2015 – 1 BvR 99/11, NJW 2016, 2021; Lechner/Zuck, 8. Aufl. 2019, BVerfGG § 97a Rn. 4.

<sup>135</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss vom 13. 8. 2012 - 1 BvR 1098/11, NZS 2013, 21 f. m. w. N.

<sup>136</sup> Vgl. BT-Drs. 17/3802, 26.

beeinflussende Tätigkeit Dritter, vor allem der Sachverständigen, berücksichtigt werden.<sup>137</sup> In vergleichbarer Weise verpflichtet Art. 6 I EMRK nach der Rechtsprechung des EGMR die Konventionsstaaten dazu, ihr Gerichtswesen so einzurichten, dass die Rechtssachen innerhalb angemessener Frist entschieden werden können. Darüber, ob die Dauer eines Verfahrens angemessen ist, müsse unter Berücksichtigung der Schwierigkeit des Falls, des Verhaltens des Beschwerdeführers und der zuständigen Behörden und Gerichte sowie der Bedeutung des Rechtsstreits für den Beschwerdeführer entschieden werden.<sup>138</sup>

Diese für fachgerichtliche Verfahren entwickelten Regeln gelten dem Grundsatz nach auch für das Bundesverfassungsgericht, das nach Art. 92 GG Teil der rechtsprechenden Gewalt ist. Allerdings werden sie gem. § 97 a I 2 BVerfGG durch die Aufgaben und die Stellung des Bundesverfassungsgerichts mit den daraus folgenden organisatorischen und verfahrensmäßigen Besonderheiten modifiziert.<sup>139</sup> So erfordert die Aufgabe der verbindlichen Auslegung der Verfassung (§ 31 BVerfGG) grundsätzlich in jedem verfassungsgerichtlichen Verfahren eine besonders tiefgehende und abwägende Prüfung. Weiterhin kann das Bundesverfassungsgericht seine Rolle als Hüter der Verfassung gebieten, bei der Bearbeitung der Verfahren in stärkerem Maße als in der Fachgerichtsbarkeit andere Umstände zu berücksichtigen als nur die chronologische Reihenfolge der Eintragung in das Gerichtsregister, etwa weil Verfahren, die für das Gemeinwesen von besonderer Bedeutung sind, vorrangig bearbeitet werden müssen oder weil ihre Entscheidung von dem Ergebnis eines so genannten Pilotverfahrens abhängig ist. Diesen Umstand erkennt auch der EGMR in seiner Rechtsprechung zu Art. 6 I EMRK an.<sup>140</sup> Bei der Entscheidung darüber, welches Verfahren aufgrund welcher Maßstäbe als vorrangig einzuschätzen ist, besteht zur Sicherung der Funktionsfähigkeit der Verfassungsrechtsprechung aber ein erheblicher Spielraum. Dieser wird regelmäßig erst dann überschritten, wenn sich die verfahrensleitende Entscheidung nicht auf verfahrensökonomische oder sonst vorrangbegründende Sachgründe stützen lässt, sondern von sachfremden und zweckwidrigen Erwägungen getragen ist, sich nach den maßgeblichen Kriterien aufdrängt, dass dem Verfahren hätte Vorrang eingeräumt werden müssen<sup>141</sup> oder im Hinblick auf die besonderen Umstände des Einzelfalls unverhältnismäßig erscheint.<sup>142</sup>

Der Annahme einer unangemessenen Verfahrensdauer steht nicht entgegen, dass der Beschwerdeführer nicht schon zu einem früheren Zeitpunkt eine Verzögerungsrüge erhoben oder Sachstandsfragen an das Bundesverfassungsgericht gerichtet hat. Die aus Art. 2 I i. V. m. Art. 20 III GG abzuleitende Pflicht des Staates zur Gewährleistung von Rechtsschutz in angemessener Zeit erfordert es, die Gesamtdauer des Verfahrens zu berücksichtigen und sich mit zunehmender Dauer nachhaltig um eine Beschleunigung des Verfahrens zu bemühen, ohne dass die Parteien oder sonstige Beteiligte hierauf hinweisen müssen. Auch nach der Rechtsprechung des EGMR sind die Parteien eines Rechtsstreits nicht verpflichtet, das damit

---

<sup>137</sup> Vgl. BVerfG (Beschwerdekammer), Beschluss vom 8.12.2015 – 1 BvR 99/11, NJW 2016, 2021.

<sup>138</sup> Vgl. BVerfG (Beschwerdekammer), Beschluss vom 8.12.2015 – 1 BvR 99/11, NJW 2016, 2022 m. w. N.

<sup>139</sup> Vgl. BVerfG (Beschwerdekammer), NJW 2016, 2022 m. w. N.; BT-Drs. 17/3802, 26.

<sup>140</sup> Vgl. BVerfG (Beschwerdekammer), NJW 2016, 2022 m. w. N.

<sup>141</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss der Beschwerdekammer vom 22. März 2018 - Vz 10/16 -, Rn. 16.

<sup>142</sup> Vgl. BVerfG (Beschwerdekammer), Beschluss vom 8.12.2015 – 1 BvR 99/11, NJW 2016, 2023 m. w. N.

befasste Gericht an seine unmittelbar aus Art. 6 I EMRK folgende Pflicht zur Entscheidung innerhalb einer angemessenen Frist zu erinnern.<sup>143</sup>

Der Gesetzgeber erachtet, wie in der Regelung des § 97b I 4 BVerfGG deutlich wird, eine Verfahrensdauer von einem Jahr noch nicht als unangemessen lang. Damit beruft er sich darauf, dass im Durchschnitt der Jahre 2000 bis 2009 gut zwei Drittel aller Verfassungsbeschwerdeverfahren innerhalb eines Jahres erledigt wurden.<sup>144</sup> Nach der Jahresstatistik 2017 hat das BVerfG 62,8 % aller Verfassungsbeschwerden in einem Jahr, und zu 23,1 % in zwei Jahren erledigt.<sup>145</sup> Im Gegensatz dazu sieht der EGMR mit seiner Faustregel „ein Jahr pro Instanz“ in der vom deutschen Gesetzgeber festgelegten Untergrenze eher eine Höchstgrenze.<sup>146</sup> In der Beurteilung der Angemessenheit weicht das Bundesverfassungsgericht unter Verweis auf die richterliche Unabhängigkeit und die besonderen Umstände des Falls mitunter von der Grenze des § 97b I 4 BVerfGG deutlich nach oben ab.<sup>147</sup> Eine unangemessene Verfahrensdauer führt nur dann zu einem kompensationspflichtigen Nachteil i. S. v. § 97a I 1 BVerfGG, wenn sie sich auf die individuelle Rechtsstellung eines Verfahrensbeteiligten auswirkt.<sup>148</sup> Aus § 97 a II 1 BVerfGG folgt, dass auch immaterielle Nachteile, die nicht mit einer Vermögenseinbuße einhergehen, als Nachteile im Sinne von § 97 a I 1 BVerfGG anzusehen sind. Solche immateriellen Schäden können z. B. in der seelischen Unbill, Besorgnis, Unsicherheit oder Enttäuschung aufgrund der überlangen Verfahrensdauer liegen, aber auch körperliche Beeinträchtigungen sowie Rufschädigungen.<sup>149</sup> Der jeweilige Nachteil muss gerade durch die unangemessen lange Verfahrensdauer beim BVerfG verursacht worden sein. Diese haftungsausfüllende Kausalität ist nach den Grundsätzen der Adäquanzkausalität zu bestimmen. Als kausal sind dabei sowohl unmittelbare Nachteile anzusehen, die unmittelbare Folge der Verfahrensverzögerung sind, als auch Nachteile, die nur eine mittelbare Folge der unangemessenen Verfahrensdauer sind. Eine adäquat-kausale Verursachung ist daher anzunehmen, wenn nach der Lebenserfahrung auf den Eintritt einer bestimmten Folge geschlossen werden kann.<sup>150</sup>

Wie in der Zulässigkeit geschildert, habe ich am 21. März 2020 Verfassungsbeschwerde eingelegt, über die in der Hauptsache noch nicht entschieden worden ist. Gegenstand dieser Verfassungsbeschwerde waren Allgemeinverfügungen und Rechtsverordnungen, welche in der Summe die „wohl unbestritten und mit großem Abstand [...] weitreichendsten Grundrechtseinschränkungen, die seit Bestehen des Grundgesetzes zu verzeichnen sind“<sup>151</sup> nach sich zogen. Die Freiheit der Person und die Versammlungsfreiheit wurden in

---

<sup>143</sup> Vgl. BVerfG (Beschwerdekammer), Beschluss vom 8.12.2015 – 1 BvR 99/11, NJW 2016, 2023 m. w. N.

<sup>144</sup> Vgl. BT-Drs. 17/3802, 27.

<sup>145</sup> Vgl. Lechner/Zuck, 8. Aufl. 2019, BVerfGG § 97a Rn. 9.

<sup>146</sup> Vgl. Lechner/Zuck, 8. Aufl. 2019, BVerfGG § 97a Rn. 52 m. w. N.; vgl. z. B. EGMR, 08.02.2005 – 45100/98, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-68148> Rn. 117.

<sup>147</sup> Vgl. z. B. BVerfG (Beschwerdekammer), Beschluss vom 8.12.2015 – 1 BvR 99/11, NJW 2016, 2021 (hier 4 Jahre und 8 Monate).

<sup>148</sup> Vgl. BVerfG (Beschwerdekammer), Beschl. v. 30. 7. 2013 – 2 BvE 2/09 Vz 2/13, 2 BvE 2/10 Vz 3/13, NVwZ 2013, 1479 f.

<sup>149</sup> Vgl. Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge/Haratsch, 60. EL Juli 2020, BVerfGG § 97a Rn. 35.

<sup>150</sup> Vgl. Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge/Haratsch, 60. EL Juli 2020, BVerfGG § 97a Rn. 37.

<sup>151</sup> Vgl. Bäcker, Carsten: *Corona in Karlsruhe: Eine Prognose*, *VerfBlog*, 2020/3/25, <https://verfassungsblog.de/corona-in-karlsruhe/>.

beispielloser Intensität eingeschränkt, sodass man ihren Wesensgehalt (Art. 19 II GG) als angetastet bezeichnen kann.<sup>152</sup> Die tatsächlichen Auswirkungen auf mich als Beschwerdeführer waren umfangreich – das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Beschluss vom 07. April selbst von „erheblichen und voraussichtlich teilweise auch irreversiblen sozialen, kulturellen und wirtschaftlichen Folgen“<sup>153</sup> gesprochen.<sup>154</sup> Da alle Deutschen zwischen Mitte März und Anfang Mai von ähnlichen Grundrechtseinschränkungen, alle Bayern in derselben Intensität wie ich, betroffen waren, ist mein Verfassungsbeschwerdeverfahren von essentieller sozialer und politischer Bedeutung. Dieser Ansicht scheint auch das Bundesverfassungsgericht zu folgen, das zum Beschluss über den Eilantrag eine Pressemitteilung herausgegeben hat.<sup>155</sup> Da es sich bei meiner Verfassungsbeschwerde um den ersten zulässigen Eilantrag gehandelt hat, der zugleich gegen die Corona-Maßnahmen in der Phase mit den (bis heute) intensivsten Einschränkungen gerichtet war, erscheint es naheliegend, das Verfahren zu einem Pilotverfahren zu erklären, das vorrangig bearbeitet wird und hinter dem andere Verfahren zurückstehen müssen. Mit einer Grundsatzentscheidung könnten viele andere beim Bundesverfassungsgericht anhängige Corona-Beschwerden (auch in Hinblick auf die aktuellen Maßnahmen!) gleichzeitig abgehandelt werden. Dass bisher noch keine Entscheidung in der Hauptsache getroffen wurde, hat für mich (und alle anderen Betroffenen) nicht nur bedeutet, dass wir die möglicherweise verfassungswidrigen Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen in voller Länge bis zu ihrer Lockerung durch die Regierung ertragen mussten, sondern auch, dass nun wieder alles von vorne losgeht. Wie im Schriftsatz vom 21. März ausgeführt, habe ich die Verfassungsbeschwerde mit dem Ziel eingereicht, meinen Beitrag zum Erhalt der Rechtsstaatlichkeit zu leisten und dem Bundesverfassungsgericht die Möglichkeit zu geben, für Rechtssicherheit zu sorgen. Ich wollte eben verhindern, dass sich die Situation des Frühlings mit der Unsicherheit bzw. Untätigkeit der Verwaltungs- und Landesverfassungsgerichte, dem populistischen Aktionismus der Regierung und der Entmachtung der Parlamente wiederholt. Unmittelbarer Nachteil der überlangen Verfahrensdauer ist die Verletzung meines Grundrechts auf effektiven Rechtsschutz. Ferner sind mir immaterielle Nachteile entstanden wie Unsicherheit, Enttäuschung, Schlaflosigkeit, innere Unruhe durch das Bangen vor der Entscheidung ob ihrer Wichtigkeit und öffentlichen Wahrnehmung sowie die Hilfslosigkeit und Frustration darüber, dass man wiederholt den Grundrechtseingriffen ausgesetzt ist, von deren Verfassungswidrigkeit man nach intensiver Befassung damit überzeugt ist und zu deren Unterbindung man das Bundesverfassungsgericht gerade angerufen hat. Mittelbar sind alle verfassungswidrigen Grundrechtseinschränkungen samt der damit verbundenen materiellen und immateriellen Nachteile (s. o.) während der Pandemie durch das Unterlassen des Bundesverfassungsgerichts verursacht worden. Oder um es mit der „Doppelhypothese“ auszudrücken: Wäre über den Sommer eine Hauptsachentscheidung zu meinen Gunsten ergangen, wäre es aufgrund der Bindungswirkung des § 31 BVerfGG gar nicht erst zu meinen jetzigen Grundrechtseinschränkungen gekommen.

---

<sup>152</sup> Vgl. Schmitz/Neubert: Praktische Konkordanz in der Covid-Krise, NVwZ 2020, 669; Schmitt: Die Verfassungswidrigkeit der landesweiten Ausgangsverbote, NJW 2020, 1629.

<sup>153</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 07. April 2020 - 1 BvR 755/20 -, Rn. 9.

<sup>154</sup> Begründung anhand der in Lechner/Zuck, 8. Aufl. 2019, BVerfGG § 97a Rn. 50-60 aufgeführten Kriterien.

<sup>155</sup> Vgl. <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/bvg20-023.html>.

Und selbst wenn das Bundesverfassungsgericht in der Hauptsache entschieden hätte, dass meine Beschwerde unbegründet sei, hätten Exekutive und Legislative durch die Argumentation des Gerichts klare Grenzen gehabt, an denen sie sich beim Erlass neuer Maßnahmen orientieren könnten, und den Bürgern wären aufgrund der vom Bundesverfassungsgericht festgestellten Verfassungsmäßigkeit erst gar keine Grundrechtsverletzungen entstanden. Das Wissen um die Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen hätte das Ertragen der Grundrechtseingriffe erleichtert. Immerhin soll der von Art. 19 IV GG gewährleistete Rechtsschutz die Akzeptanz für staatliche Entscheidungen<sup>156</sup> und das Vertrauen in den Rechtsstaat stärken.

Diese Folgen sind dem Bundesverfassungsgericht auch adäquat-kausal zuzurechnen. Die hinreichende Wahrscheinlichkeit einer „zweiten Welle“ im Herbst und der entsprechenden Reaktion durch erneute Grundrechtseingriffe war bereits im April allgemein bekannt,<sup>157</sup> sodass die mittelbaren Folgen der überlangen Verfahrensdauer bei allgemeiner Lebenserfahrung vorherzusehen waren. Ich habe selbst in meiner Verfassungsbeschwerde darauf hingewiesen, dass eine Entscheidung als Präzedenzfall für sicher eintretende künftige Situationen wichtig wäre. Auch die psychischen Belastungen für Beschwerdeführer bei überlangen Gerichtsverfahren, vor allem bei solchen von so hoher Bedeutung, sollten dem Gericht bekannt sein.

Dass meine Verfahrensdauer noch nicht ein Jahr überschritten hat, steht der Verletzung von Art. 19 IV GG hier nicht entgegen. Die gesetzliche Jahresfrist gilt bloß für Verzögerungsbeschwerden vor dem Hintergrund, das Bundesverfassungsgericht vor unzähligen Entschädigungsansprüchen durch „Dulde und Liquidiere“ zu schützen.<sup>158</sup> Bei meiner Verfassungsbeschwerde geht es jedoch nicht um eine Entschädigung. Nach Auffassung des EuGH darf die Angemessenheit einer Frist nicht unter Heranziehung einer präzisen, abstrakt festgelegten Obergrenze bestimmt werden, sondern ist in jedem Einzelfall anhand der konkreten Umstände zu beurteilen.<sup>159</sup> Es wäre verfassungswidrig, die Verletzung meines Rechts auf effektiven Rechtsschutz erst ab einer pauschalen Frist anzunehmen und nicht im Einzelfall davon nach unten abzuweichen, gerade wegen der einmaligen Intensität und Weite der Grundrechtseinschränkungen. Von mir selbst sind keine Verfahrensverzögerungen ausgegangen – dass ich bisher keine Sachstandsanfrage getätigt habe, ist mir nicht nachteilig anzurechnen (s. o.).

Sicherlich erfordert auch die hier fragliche Hauptsache-Entscheidung eine gründliche und zeitintensive Prüfung – das möchte ich gar nicht in Abrede stellen. Natürlich ist mir auch wichtig (und von den Justizgrundrechten so vorgesehen), dass kein oberflächliches und überstürztes Urteil ergeht. Mir ist ebenfalls bewusst, dass auch die Richterinnen und Richter des Bundesverfassungsgerichts durch die Pandemie außerordentlichen Belastungen ausgesetzt sind – sowohl im Amt als auch privat – und ich bin unfassbar dankbar dafür, dass die

---

<sup>156</sup> Maunz/Dürig/Schmidt-Aßmann, 91. EL April 2020, GG Art. 19 Abs. 4 Rn. 1.

<sup>157</sup> Vgl. z. B. <https://www.bz-berlin.de/berlin/charite-chefvirologe-warnt-vor-dramatischer-corona-welle-im-herbst>; <https://www.rnd.de/politik/kontaktsperre-bis-zum-sommer-damit-die-zweite-corona-welle-im-herbst-oder-winter-ausbleibt-6JR26K3REJFYJOZY46QXRZHJ3U.html>; <https://www.fr.de/wissen/coronavirus-pandemie-corona-krise-epidemiologen-empfehlen-social-distancing-lockdown-bis-2022-13654607.html>; VG Hamburg v. 10.11.2020, 13 E 4550/20, S. 8 („Sommermonate“).

<sup>158</sup> Vgl. Lechner/Zuck, 8. Aufl. 2019, BVerfGG § 97b Rn. 5.

<sup>159</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 28. 2. 2013 – C-334/12 RX-II (lexetius.com/2013,368) Rn. 29.

Funktionsfähigkeit dieses Verfassungsorgans gewährleistet werden konnte und auch die Corona-Eilentscheidungen bisher in sehr beeindruckendem Tempo erledigt wurden. Aber es sollte auch berücksichtigt werden, dass es sich bei meinem Beschwerdegegenstand um kein exotisches Spezialgebiet handelt, in das man sich besonders zeitintensiv einlesen müsste. Die aktuellen Rechtsfragen werden sowohl in den Medien als auch im juristischen Schrifttum in allen Facetten diskutiert und man kommt daher um eine Auseinandersetzung mit ihnen gar nicht herum. Auch die zuständige Kammer hat sich weiterhin mit Corona-Eilanträgen und somit derselben Thematik befasst.<sup>160</sup> Die rechtliche Bewertung der in meiner Verfassungsbeschwerde aufgeworfenen Fragen erscheint daher in sieben Monaten machbar, wenn man andere Verfahren bezüglich geringfügigerer Grundrechtsverletzungen zurückstellt. Es wäre auch im Interesse des Gerichts, eine erste Grundsatzentscheidung zu fällen, um eine Richtung vorzugeben und sich nicht hinterher dem Vorwurf ausgesetzt sehen zu müssen, erst mit genügend zeitlichem Abstand entschieden zu haben, um einer politischen Kontroverse aus dem Weg gehen zu können.<sup>161</sup>

## **II. Beschränkung auf die Folgenabwägung im Eilverfahren**

Die Wirksamkeit des Rechtsschutzes wird auch durch das Vorgehen des Bundesverfassungsgerichts im verfassungsgerichtlichen Eilverfahren in Frage gestellt.

Nach ständiger Rechtsprechung koppelt das Bundesverfassungsgericht den Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 32 BVerfGG komplett von den Erfolgsaussichten der Hauptsache ab. Die Gründe, die für oder gegen die Verfassungswidrigkeit des Hoheitsaktes sprechen, bleiben grundsätzlich außer Betracht, es sei denn, der Hauptsacherechtsbehelf ist offensichtlich unzulässig oder offensichtlich unbegründet. Erweist sich der Ausgang des Hauptsacheverfahrens als offen, so werden lediglich im Rahmen einer Folgenabwägung die Nachteile abgewogen, die eintreten, wenn eine einstweilige Anordnung nicht erginge, die Hauptsache aber Erfolg hätte, gegenüber den Nachteilen, die entstünden, wenn die begehrte einstweilige Anordnung erlassen würde, in der Hauptsache aber der Erfolg zu versagen wäre (sog. Doppelhypothese). Das Bundesverfassungsgericht begründet den Erlass einer einstweiligen Anordnung häufig damit, dass andernfalls eine „irreparable“ Rechtsverletzung eintrete.<sup>162</sup>

Dieses Vorgehen wird in der Literatur heftig kritisiert. Zur wirksamen Durchsetzung der Verfassung gehört es, dass das Bundesverfassungsgericht bei gegebenem Anlass und unter möglicher Achtung der Funktionen anderer Verfassungsorgane schon im Vorfeld einer abschließenden Entscheidung angemessene Maßnahmen dagegen ergreifen kann, dass seine

---

<sup>160</sup> Z. B. 1 BvR 1027/20, 1 BvQ 116/20, 1 BvR 1541/20.

<sup>161</sup> Vgl. Bäcker, Carsten: Corona in Karlsruhe II, VerfBlog, 2020/4/08, <https://verfassungsblog.de/corona-in-karlsruhe-ii/>.

<sup>162</sup> Vgl. Hoof, in „Verfassungsgerichtsbarkeit in der Russischen Föderation und in der Bundesrepublik Deutschland : Rundtischgespräch an der Moskauer Staatlichen Juristischen Kutafin-Universität am 9. und 10. Oktober 2012“: Eilrechtsschutz durch das Bundesverfassungsgericht, S. 85 f. m. w. N., abrufbar auf: [https://publishup.uni-potsdam.de/opus4-ubp/frontdoor/deliver/index/docId/6596/file/proceedings\\_schulze\\_S81\\_91.pdf](https://publishup.uni-potsdam.de/opus4-ubp/frontdoor/deliver/index/docId/6596/file/proceedings_schulze_S81_91.pdf).

Entscheidung durch ein zwischenzeitliches tatsächliches oder rechtliches Geschehen nicht überspielt wird.<sup>163</sup>

Nach neuerer Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dürften im Verfahren des **fachgerichtlichen Eilrechtsschutzes** Entscheidungen grundsätzlich sowohl auf eine Folgenabwägung als auch auf eine summarische Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache gestützt werden. Dabei sei dem Gewicht der in Frage stehenden und ggf. miteinander abzuwägenden Grundrechte Rechnung zu tragen, um deren etwaige Verletzung nach Möglichkeit zu verhindern. Besondere Anforderungen stelle Art. 19 IV GG nur, wenn ohne die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Beeinträchtigungen entstehen könnten. Die Gerichte müssten in derartigen Fällen, wenn sie sich an den Erfolgsaussichten der Hauptsache orientieren, die Sach- und Rechtslage regelmäßig nicht nur summarisch, sondern abschließend prüfen. Dabei müssten „sie sich schützend und fördernd vor die Grundrechte des Einzelnen stellen“. Die Notwendigkeit einer „Vollprüfung“ ergebe sich aus Art. 19 IV GG allerdings nur ausnahmsweise. Vielmehr genüge es, wenn die Fachgerichte die Sach- und Rechtslage umso eingehender prüfen, je gewichtiger die drohende Grundrechtsverletzung und je höher ihre Eintrittswahrscheinlichkeit ist. Fände eine genügend intensive Durchdringung statt (gemessen am Gewicht der geltend gemachten Grundrechtsverletzungen), so könne es unschädlich sein, wenn das Fachgericht den Ausgang des Hauptsacheverfahrens gleichwohl als offen einschätzt und die von ihm vorgenommene Prüfung selbst als summarisch bezeichnet, ohne deswegen allein auf eine Folgenabwägung abzustellen, sofern nur deutlich werde, dass das Fachgericht den Ausgang des Hauptsacheverfahrens für weitgehend zuverlässig prognostizierbar hält. Drohe einem Antragsteller bei Versagung des einstweiligen Rechtsschutzes eine erhebliche, durch die Hauptsacheentscheidung nicht mehr wiedergutzumachende Grundrechtsverletzung, dürfe die Eilentscheidung nur dann auf eine Folgenabwägung gestützt werden, wenn es im zeitlichen Rahmen des Eilverfahrens nicht möglich sei, eine gegebenenfalls auch nur summarische Rechtmäßigkeitsprüfung durchzuführen.<sup>164</sup>

Dem wird in der Literatur entgegengehalten, dass effektiver Eilrechtsschutz, wie ihn Art. 19 IV GG verlangt, nicht einfach durch eine insgesamt summarische Prüfung der Sache gewährleistet werden kann. Vielmehr sind etwas differenziertere sowie zum Teil auch höhere Ansprüche an den verwaltungsgerichtlichen Eilrechtsschutz zu stellen, ohne dass darunter die Eile des Verfahrens leiden muss. Zunächst könne unter einer „summarischen Prüfung“ nur eine „summarische Tatsachenprüfung“ gemeint sein, da es sonst andernfalls das Hauptsacheverfahren nicht mehr bedürfe. Eine „summarische Rechtsprüfung“ sei nicht möglich, da eine richterliche Rechtsanwendung, die von vornherein unvollständig, oberflächlich oder bloß kursorisch ist und somit wichtige Einzelheiten außer Acht lassen kann, gar keine Rechtsprüfung im eigentlichen Sinne sein kann. Denn auch die rechtsprechende Gewalt ist in jeder Verfahrensart an das materielle Recht gebunden (Art. 20 III GG). Die Eilentscheidung muss daher notwendig immer eine Rechtsentscheidung sein, weshalb die ständig wiederkehrende Rede davon, das Verwaltungsgericht könne im

---

<sup>163</sup> Vgl. Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge/Graßhof, 60. EL Juli 2020, BVerfGG § 32 Rn. 82.

<sup>164</sup> Vgl. Heinemann: Verwaltungsgerichtlicher Eilrechtsschutz: Die Chimäre der summarischen Rechtsprüfung, NVwZ 2019, 517.

Verfahren nach § 80 V VwGO eine eigene Ermessensentscheidung treffen, zumindest in dieser Hinsicht irreführend ist. Der Grundsatz „*iura novit curia*“ gilt uneingeschränkt auch im Eilverfahren; der möglichen und gebotenen Rechtserkenntnis darf das Gericht nicht ausweichen. Rechtsfragen können nicht anhand eines Wahrscheinlichkeitsmaßstabes beurteilt werden. Die Beteiligten haben einen Anspruch darauf, dass das Gericht auf Grundlage des glaubhaft gemachten Sachverhalts eine uneingeschränkte Rechtserkenntnis durchführt. Deswegen muss die rechtliche Prüfung im Eilverfahren jedoch nicht identisch wie in der entsprechenden Hauptsache ablaufen. Stattdessen bestimmt die Eilbedürftigkeit der Sache das Ausmaß der Tatsachenfeststellung; je sicherer die festgestellte Tatsachenbasis zur Überzeugung des Gerichts ist, desto stärker nähert sich die Rechtsprüfung im Eilverfahren derjenigen in der Hauptsache an. Nur wenn die Tatsachenlage derart unübersichtlich ist, dass auch bei Anwendung des *non-liquet*-Grundsatzes keine klare Rechtsantwort gefunden werden kann, darf (hilfsweise) eine folgenreorientierte Interessenabwägung im Sinne einer Doppelhypothese erfolgen.

Darüber hinaus überzeuge die vom Bundesverfassungsgericht aufgezeigte Differenzierung nicht, wonach eine Prüfung der Rechtslage nur umso eingehender angezeigt ist, „je gewichtiger die drohende Grundrechtsverletzung und je höher ihre Eintrittswahrscheinlichkeit ist“. Denn ob ein Grundrecht verletzt ist, bedarf einer abschließenden rechtlichen Prüfung. Was das Bundesverfassungsgericht wohl meine, ist die Situation, dass eine Grundrechtsbeeinträchtigung droht – also ein Eingriff in den Schutzbereich. Die Frage der Rechtfertigung des Eingriffs darf dann aber allenfalls aufgrund offener Tatfragen unbeantwortet bleiben. Bei klarer Tatsachenlage gibt es grundsätzlich keinen Grund, den Subsumtionsvorgang voreilig abubrechen. Mit anderen Worten: Wer das Erfordernis einer „Vollprüfung“ von den drohenden Grundrechtsverletzungen abhängig machen will, der muss ohnehin „voll prüfen“. Weiterhin stellt sich die Frage, was unter einer „gewichtigen“ Grundrechtsverletzung zu verstehen ist. Auf die (Ge-)Wichtigkeit des jeweiligen Grundrechts kann es dabei jedenfalls nicht ankommen, wenn man mit der ganz herrschenden Meinung davon ausgeht, dass es eine „Hierarchie der Grundrechte“ nicht gibt. Stellt man für die Frage der (Ge-)Wichtigkeit hingegen auf die Eingriffsintensität ab, so muss diese auch bei einer Folgenabwägung in Relation gesetzt werden zu dem jeweils intendierten Zweck des Eingriffs. Dieser Eingriffszweck besteht regelmäßig im Schutz kollidierender Grundrechtspositionen. In solchen Situationen ist es nicht damit getan, „sich schützend und fördernd vor die Grundrechte des Einzelnen“ zu stellen, sondern das Grundgesetz verlangt praktische Konkordanz. Das ist bei einer lediglich summarischen Rechtsprüfung kaum zu bewältigen. Um seriös beurteilen zu können, wie „gewichtig“ ein drohender Grundrechtseingriff ist, muss der Rechtsanwender bei unklarer Sachlage sogar über eine „Vollprüfung“ hinausgehen: Denn soll die Eilentscheidung nicht bloß ins Blaue hinein oder aus einem Bauchgefühl heraus erfolgen, so kommt man nicht umhin, mehrere denkbare Sachverhaltsvarianten rechtlich vollständig durchzuprüfen und die gewonnenen Ergebnisse in die vorzunehmende Folgenabwägung einzustellen. Wie „gewichtig“ die drohende Grundrechtsverletzung ist, kann somit ebenfalls nicht Voraussetzung, sondern nur Ergebnis einer umfassenden rechtlichen Würdigung sein.

Eine problematische Folge ist auch der Mangel an Vorhersehbarkeit gerichtlicher Entscheidungen, die auf einer lediglich summarischen Rechtsprüfung beruhen. Denn je

weniger die Eilentscheidung materiell-rechtlich begründet zu sein braucht, desto stärker kann das Gericht eigene Wertungen einfließen lassen. In entsprechendem Ausmaß wird die Entscheidung für die Beteiligten weniger vorhersehbar. Ein gesundes Maß an Vorhersehbarkeit gerichtlicher Entscheidungen ist aber ein wesentliches Strukturprinzip von Rechtssicherheit. Dies gilt vor allem, wenn durch eine ablehnende Entscheidung im Eilverfahren für den Antragsteller viel auf dem Spiel steht. Als weiteres Folgeproblem wird die präjudizierende Wirkung von Eilentscheidungen angeführt. Zwar entfaltet der Beschluss im Eilverfahren rein rechtlich gesehen keine Bindungswirkung für das Urteil in der Hauptsache. Faktisch besteht aber nur selten zwischen ihnen eine inhaltliche Diskrepanz, sodass zu befürchten ist, dass eine lediglich summarische Rechtsfindung im Eilverfahren auch auf das Ergebnis des Hauptsacheverfahrens durchschlägt und etwaige Fehler dabei perpetuiert werden.

Insgesamt ist für die Qualität richterlicher Entscheidungsfindung durch nur summarische Rechtsprüfungen nichts gewonnen, sondern ermöglicht bloß das Verstecken der natürlichen eigenen Fehlbarkeit. Außerdem sind sie weder mit der Garantie effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 IV GG) noch mit der Rechtsbindung der Gerichte (Art. 20 III GG) vereinbar. Vor allem aber verweigern sie sich den Methoden wissenschaftlicher Rechtserkenntnis.<sup>165</sup>

Es ist nicht nachvollziehbar, wieso gerade in der **Verfassungsgerichtsbarkeit**, obwohl doch verfassungsrechtliche Positionen den höchsten Schutz verdienen, im Vergleich zur Fachgerichtsbarkeit eine Verminderung des Gebots effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 IV GG stattfindet.<sup>166</sup> In der Literatur wird schließlich zu Recht darauf gedrungen, zumindest bei einstweiligen Anordnungen mit weitreichenden und besonders legitimationsbedürftigen Konsequenzen die Erfolgsaussichten der Hauptsache ausdrücklich in die Prüfung einzubeziehen.<sup>167</sup>

Auch gewichtet das Bundesverfassungsgericht das Kriterium der „Irreparabilität“ unterschiedlich stark. So hat es den Erlass einstweiliger Anordnungen trotz drohender irreparabler Rechtsverletzungen in Einzelfällen immer wieder verneint, weil es bei der Folgenabwägung übergeordneten öffentlichen Interessen den Vorrang gegeben hat. Weiterhin verwendet es diesen Begriff uneinheitlich. So wurde nachgewiesen, dass das Bundesverfassungsgericht in gleichartig gelagerten Fällen, wahlweise mal die Gefahr einer irreparablen Rechtsverletzung bejaht und mal verneint hat.<sup>168</sup>

Ob die Erfolgsaussichten in der Hauptsache beim Bundesverfassungsgericht tatsächlich unerheblich sind, wird in der Literatur immer wieder in Zweifel gezogen. Tatsächlich ist auffällig, dass es vergleichsweise selten zum Erlass einer einstweiligen Anordnung kommt und sich anschließend das Hauptsacheverfahren als erfolglos erweist. Dies nährt den Verdacht, dass die Erfolgsaussichten in der Hauptsache verdeckt doch von Bedeutung sind.

---

<sup>165</sup> Vgl. Heinemann: Verwaltungsgerichtlicher Eilrechtsschutz: Die Chimäre der summarischen Rechtsprüfung, NVwZ 2019, 517 ff.

<sup>166</sup> Vgl. Lechner/Zuck, 8. Aufl. 2019, BVerfGG § 32 Rn. 22 ; Hoof, S. 86.

<sup>167</sup> Vgl. BeckOK BVerfGG/Walter, 9. Ed. 1.7.2020, BVerfGG § 32 Rn. 63.

<sup>168</sup> Vgl. Hoof, S. 86 f.

Die Nichtberücksichtigung der Erfolgsaussichten würde „jeder Lebenserfahrung“ widersprechen.<sup>169</sup>

Drohen den Betroffenen erhebliche irreversible Grundrechtsverletzungen, muss das Gericht einstweiligen Rechtsschutz unter eingehender tatsächlicher und rechtlicher Prüfung gewähren. Auch schwerwiegende öffentliche Interessen können nur in Ausnahmefällen dazu führen, dass der Rechtsschutzanspruch des Bürgers vorübergehend zurücktreten muss.<sup>170</sup>

Aus diesen Gründen bin ich durch die reine Folgenabwägung im Beschluss von 07.04.2020 in meinem Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz verletzt worden. Die Erfolgsaussichten der Hauptsache hätten umfangreicher miteinbezogen werden müssen, um eine ausreichend substantiierte Entscheidung treffen zu können.

Andernfalls wäre eine Anrufung des Bundesverfassungsgerichts im Rahmen eines Eilverfahrens während einer Pandemie von vornherein **offensichtlich sinn- und aussichtslos**. Denn eine reine Folgenabwägung würde selbst bei noch so schweren Grundrechtseingriffen – sofern sie nur irgendwie verhindern, dass Menschen in Kontakt kommen und sich infizieren können – immer zugunsten der Regierung ausfallen, da bei Erlass einer Eilanordnung sich Menschen wieder vermehrt begegnen würden, sich infizieren *könnten* und so die Pflicht des Staats zum Gesundheitsschutz unterlaufen wird.

Das habe ich diesen Frühling vor dem BayVerfGH selbst miterleben dürfen (vgl. Anhang 3). Obwohl sich das Infektionsgeschehen in der Zeit von April bis Juni merklich abgeschwächt hat (am 30.05., als ich meine zweite Popularklage erhob, gab es nur noch 82 Neuinfektionen/Tag und 164 Corona-Intensivpatienten in ganz Bayern<sup>171</sup>), wurde auf frustrierende Weise jeder Eilantrag gegen jede weitere Iteration der BayIfSMV abgelehnt<sup>172</sup> – immer nur mit einer Folgenabwägung, die zugunsten des Gesundheitsschutzes ausfiel, hinter dem die anderen Grundrechtsinteressen zurücktreten müssten. Auf die veränderte Infektionssituation wurde dabei nur am Rande eingegangen. Als Folge waren die Maßnahmen in Bayern (aus meiner Sicht grundlos) noch wochenlang strenger als im restlichen Bundesgebiet.

Die Eingriffe in meine Grundrechte aus Art. 19 IV, Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I, Art. 2 I, Art. 3 I GG sowie in mein Grundrecht auf Kulturausübung und -genuss (aus Art. 4 I, II, Art. 5 III 1, Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG) sind nicht gerechtfertigt und somit verfassungswidrig. Die Verfassungsbeschwerde ist begründet.

---

<sup>169</sup> Vgl. BeckOK BVerfGG/Walter, 9. Ed. 1.7.2020, BVerfGG § 32 Rn. 49; Schoch/Schneider/Bier/Schoch, 38. EL Januar 2020, VwGO § 47 Rn. 157.

<sup>170</sup> Vgl. Sachs/Sachs, 8. Aufl. 2018, GG Art. 19 Rn. 148a.

<sup>171</sup> Vgl. Diagramme auf <https://www.br.de/nachrichten/wissen/warnwert-obergrenze-gemeldete-corona-infektionen-in-bayern,Rt7a9rb>.

<sup>172</sup> Vgl. BayVerfGH v. 24.04.2020, Vf. 29-VII-20; BayVerfGH v. 08.05.2020, Vf. 34-VII-20; BayVerfGH v. 08.06.2020, Vf. 34-VII-20.

## **D. Anträge**

Die für § 32 I BVerfGG erforderliche Eilbedürftigkeit zu 1. ergibt sich aus der Natur der Sache. Nachdem ich gerade die überlange Verfahrensdauer rüge, intensiviert jedes weitere ungerechtfertigte Verzögern die Verletzung meines Grundrechts aus Art. 19 IV GG. Dies hat die oben erläuterten unmittelbaren und mittelbaren Nachteile, die in ihrer Gesamtschau als „schwer“ zu gewichten sind. Auch aus Gründen der Rechtssicherheit ist eine zeitnahe Entscheidung im Verfahren 1 BvR 755/20 zum gemeinen Wohl geboten.

Die Eilbedürftigkeit zu 2. ergibt sich in gleicher Weise aus der Intensität der Grundrechtseinschränkungen. Um eine erneute Verletzung von Art. 19 IV GG zu vermeiden, sind dieses Mal die Erfolgsaussichten der Hauptsache, insbesondere unter Berücksichtigung der Zweifel an der Ermächtigungsgrundlage sowie der Bedrohung des Grundrechts auf Kulturausübung und -genuss in seinem Wesensgehalt, stärker miteinzubeziehen.

Weiterhin bitte ich das Bundesverfassungsgericht hochachtungsvoll festzustellen, dass ich zu 1. durch das Unterlassen des Bundesverfassungsgerichts unmittelbar in meinem Grundrecht aus Art. 19 IV GG und mittelbar in den anderen oben bezeichneten Grundrechten verletzt worden bin, und nach § 95 I 2 BVerfGG auf eine zügige Entscheidung in der Hauptsache hinzuwirken, indem nach eigenem Ermessen Sachverständige hinzugezogen, eine mündliche Verhandlung angeordnet oder anderweitig das Verfahren entscheidend vorangebracht wird. Ferner bitte ich um eine Feststellung, dass ich zu 2. durch die 8. BayIfSMV, insbesondere den angegriffenen Normen, in meinen oben bezeichneten Grundrechten verletzt worden bin und dass eine fortdauernde Anwendung dieser Verordnung verfassungswidrig wäre.

Um das vom Verordnungsgeber verfolgte Ziel des Infektionsschutzes nicht zu gefährden, könnte das Bundesverfassungsgericht im Rahmen des § 32 I BVerfGG regeln, dass Veranstaltungen mit bis zu 50 Teilnehmern unter Einhaltung eines Hygienekonzepts durch die zuständige Kreisverwaltungsbehörde zugelassen werden können sowie die Kontaktbeschränkungen wieder auf zwei Hausstände *oder* zehn Personen reduziert werden, bis in der Hauptsache über ihre Verfassungsmäßigkeit entschieden worden ist.

Gez. Benjamin Stibi

Anhänge: VGH Bayern – 20 NE 20.2466; [REDACTED];  
eigene Korrespondenz mit dem BayVerfGH.

## Nachträge:

██████████, 18. November 2020

### **Nachtrag bzgl. Eilantrag/Verfassungsbeschwerde vom 15.11.2020 (1 BvR 2582/20?)**

Sehr geehrte Damen und Herren,

im Anhang übersende ich Ihnen zwei aktuelle ablehnende Entscheidungen des BayVGH: 20 NE 20.2561, 20 NE 20.2601. Beide haben den § 23 der 8. BayIfSMV, gegen den sich auch meine Verfassungsbeschwerde richtet, zum Thema.

Es kann unterstellt werden, dass im Rahmen von 20 NE 20.2561 der § 5 der 8. BayIfSMV inzident mitgeprüft wurde. Schließlich war der Antrag des Klägers darauf gerichtet, durch die Erklärung der Rechtswidrigkeit der Theaterschließungen Veranstaltungen wieder möglich zu machen (Rn. 9). Der VGH verkennt in Rn. 21, dass die in § 5 S. 2 vorgesehene Befreiungsmöglichkeit faktisch bedeutungslos ist, da die Allgemeinen Kontaktbeschränkungen des § 3 eine Durchführung von Veranstaltungen für mehr als zwei Hausstände unmöglich machen.

Zudem möchte ich auf eine erneute Entscheidung zu § 3 der 8. BayIfSMV verweisen: VGH München, Beschluss v. 10.11.2020 – 20 NE 20.2477, abrufbar auf [gesetz-bayern.de](https://www.gesetze-bayern.de).

Somit ist der Grundsatz der Subsidiarität gewahrt. Nach allgemeiner Lebenserfahrung erscheint es völlig ausgeschlossen, dass mein Begehren angesichts dieser bisherigen Entscheidungen vor dem VGH auch nur irgendeine Aussicht auf Erfolg hätte.

Außerdem verweise ich auf eine Entscheidung des BayVerfGH vom 16.11.2020: Vf. 90-VII-20, abrufbar auf [https://www.bayern.verfassungsgerichtshof.de/media/images/bayverfgh/90-vii-20\\_e.a-entscheidung.pdf](https://www.bayern.verfassungsgerichtshof.de/media/images/bayverfgh/90-vii-20_e.a-entscheidung.pdf). Dieser ist wieder im Rahmen einer Folgenabwägung zu einem ablehnenden Ergebnis gekommen. Seine Ausführungen in Rn. 28, 40 zeigen die Notwendigkeit eines eigenen Grundrechts auf Kulturausübung und -genuss.

Da im Vorfeld viele Gerichte die Ankündigung der Regierung, eine Lockdown-Evaluierung nach zwei Wochen durchführen zu wollen, positiv würdigten, möchte ich an dieser Stelle auf das tatsächliche Geschehen am Montag eingehen:

Laut Aussage der Bundesregierung ließ sich noch nicht präzise vorhersagen, inwieweit die Maßnahmen ausreichen, um die Zahl der Neuinfektionen zügig zu senken (vgl. <https://www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/bund-laender-beschluss-1811812>). Eine tatsächliche Evaluierung fand somit nicht statt, stattdessen wurde eine Entscheidung aufgrund politischer Streitigkeiten um eine weitere Woche vertagt. Laut dem bayerischen Ministerpräsidenten seien sich aber alle bewusst gewesen, obwohl die Zahlen nach eigener Aussage eine vernünftige Evaluierung eben nicht zuließen, dass die aktuellen Maßnahmen bis in den Dezember hinein verlängert werden müssten (vgl. <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/angela-merkel-und-ministerpraesidenten-zu-corona-viel-aerger-fuer-nichts-a-43007780-2c38-4e1e-ac66-1feca05a74a6>). Dies zeigt, dass die Regierung(en) eine Entscheidung über die Dauer der Grundrechtseingriffe nicht – wie rechtlich vorgesehen – auf wissenschaftliche Fakten stützt, sondern auf politisches Empfinden. Damit überschreitet sie ihre Einschätzungsprärogative. Nachdem den Beschlüssen der Ministerpräsidentenkonferenz aber ohnehin keine Rechtsverbindlichkeit zukommt, wäre

entscheidend gewesen, dass zumindest die Bayerische Staatsregierung eine Evaluierung anhand der Situation in Bayern vorgenommen hätte. Aktuell lässt sich nämlich durchaus schon erkennen, dass die Zahl der Neuinfektionen pro Tag deutlich sinkt (vgl. Statistiken auf <https://www.br.de/nachrichten/wissen/warnwert-obergrenze-gemeldete-corona-infektionen-in-bayern,Rt7a9rb>). Der bayerische Ministerpräsident gibt auch zu, dass der exponentielle Anstieg gebremst sei (vgl. <https://www.sueddeutsche.de/bayern/corona-bayern-news-soeder-neue-massnahmen-1.5116486>). Dass die Maßnahmen aber verlängert oder sogar verschärft werden sollen, nur weil noch keine 7-Tages-Inzidenz von 50 erreicht worden ist, lässt sich aus epidemiologischer Sicht nicht erklären. Dieser Wert ist nicht aussagekräftig (vgl. <https://www.spiegel.de/wissenschaft/medizin/coronavirus-massnahmen-wie-aussagekraeftig-ist-der-inzidenzwert-a-ced04d3c-6b39-46c9-882b-8e77cbee3a69>).

Auch das In-Aussicht-Stellen von Corona-Kulturhilfen vermag die pauschalen Schließungen und Veranstaltungsverbote gegenüber Nicht-Störern nicht zu rechtfertigen. Diese stellen nur politische Versprechungen ohne rechtliche Verankerung dar. Die Betroffenen können also nicht mit letzter Sicherheit auf eine Entschädigung vertrauen, diese müsste gesetzlich geregelt werden (vgl. <https://www.juwiss.de/129-2020/>).

Mit freundlichen Grüßen

Gez. Benjamin Stibi

██████████, 01. Dezember 2020

### **Nachtrag bzgl. Eilantrag/Verfassungsbeschwerde vom 15.11.2020 (1 BvR 2582/20)**

Sehr geehrte Damen und Herren,

ich möchte sowohl meine Verfassungsbeschwerde als auch den zugehörigen Eilantrag auf die Neunte Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (9. BayIfSMV) vom 30. November 2020 (BayMBl. Nr. 683, 2126-1-13-G), insbesondere die §§ 3, 5, 21, 23; 25 S. 1 Nr. 3 i. V. m. § 29, erweitern.

Die Erweiterung des Klagegegenstands ist zulässig. Andernfalls würde der Eilrechtsschutz vor dem Bundesverfassungsgericht leerlaufen und mein Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz (noch intensiver) verletzt werden. Denn mich trifft kein Verschulden hinsichtlich des Umstands, dass von Seiten des Bundesverfassungsgerichts trotz Antrags auf einstweilige Anordnung meinerseits keine Entscheidung innerhalb der Geltungsdauer der 8. BayIfSMV ergangen ist – zumal ich darauf hingewiesen habe, dass die 8. BayIfSMV auf vier Wochen befristet ist. Telefonisch wurde mir versichert, dass die Sachbearbeiter die Fristen der Klagegegenstände im Blick hätten. Es wäre mit dem Rechtsstaatsprinzip nicht vereinbar, einen Beschwerdeführer solange hinzuhalten, bis die angegriffene Verordnung abgelaufen ist, und dann unter dem Vorwand der entfallenen Beschwer sein Begehren für unzulässig zu erklären bzw. ihn auf eine erneute Beschreitung des Rechtswegs zu verweisen.

Weiterhin sind die angegriffenen Normen **inhaltlich überwiegend identisch** zur Vorgängerregelung. § 3 wurde lediglich von zehn Personen auf fünf Personen verschärft. §§ 5, 23 sind unverändert geblieben. Das Infektionsgeschehen hat sich nicht derartig geändert, dass eine neue fachgerichtliche Aufarbeitung als Entscheidungsgrundlage für das Bundesverfassungsgericht nötig wäre. Im Bedarfsfall könnte sich das Bundesverfassungsgericht die nötigen Informationen auch unmittelbar selbst verschaffen (z. B. über §§ 26 I 2, 27a BVerfGG). Bei meiner ersten Verfassungsbeschwerde (1 BvR 755/20) hat das Bundesverfassungsgericht ebenfalls eine Erweiterung auf die Nachfolgeregelungen der ursprünglich angegriffenen Maßnahmen akzeptiert.

Während die 8. BayIfSMV in § 21 Präsenzveranstaltungen an den Hochschulen noch für unter bestimmten Voraussetzungen zulässig erklärt hat, werden sie in § 21 der 9. BayIfSMV unter ein Verbot mit sehr engem Erlaubnisvorbehalt gestellt. Diese Verschärfung stellt eine ungerechtfertigte **Ungleichbehandlung** im Vergleich mit den Schulen, an denen weiterhin Präsenzunterricht stattfinden darf, dar. In beiden Fällen sind das „Recht auf Bildung“ sowie das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit betroffen. Diese Ungleichbehandlung kann auch nicht dadurch gerechtfertigt werden, dass andernfalls die Eltern der Schüler nicht am Wirtschaftsleben, das man weitestgehend offen halten wolle, teilnehmen könnten. Denn ihre Berufsfreiheit ist nur mittelbar durch eine Schulschließung beeinträchtigt und sie könnten die Betreuungsangebote nutzen, ebenfalls auf Home Office umsteigen oder ihre Arbeitszeiten anpassen (vgl. WD 3 – 3000 – 127/20 S. 4 ff.). Es darf nicht unterschätzt werden, welche negativen Auswirkungen ein pauschales Verbot von Präsenzveranstaltungen auf Studierende hat. Während sowohl Berufstätige als auch SchülerInnen durch den Besuch der Arbeitsstelle bzw. Schule eine Vielzahl an sozialen (Gruppen-)Interaktionen erhalten, müssen Studierende zuhause bleiben und sich an die nunmehr verschärften Kontaktbeschränkungen halten, was zu

Depressionen, Isolationsgefühlen und Suizidalität führen kann. Außerdem leidet die Qualität des Online-Unterrichts aufgrund der Digitalisierungsdefizite der vergangenen Jahre im Bereich der Hochschulen sowie der schlechten Internetverbindungen auf dem Land. Die Online-Klausuren können zudem, was die Prüfungsatmosphäre betrifft, nicht ausreichend auf das Staatsexamen, das in Präsenzform und ohne digitale Hilfsmittel geschrieben werden muss (§ 17), vorbereiten. Als Student bin ich diesbezüglich auch klagebefugt.

Aus Infektionsschutzsicht ist weiterhin die Privilegierung der Schulen im Vergleich zu den Musikschulen bei einer 7-Tages-Inzidenz größer 200 (§ 25 S. 1 Nr. 3) nicht nachvollziehbar. Die Nr. 3 erfüllt schon nicht das Bestimmtheitsgebot, da sie nur den Unterricht an Musikschulen untersagt, aber im zitierten § 20 III auch von Musikunterricht außerhalb von Schulen die Rede ist. Es ist nicht klar, ob das „Entsprechungsgebot“ des § 20 III 2 auch für den § 25 S. 1 Nr. 3 gilt, was aber wohl beabsichtigt wird. Jedenfalls dürfen Schulen weiterhin Unterricht in Präsenzform abhalten (Wechselunterricht wird lediglich empfohlen), während der außerschulische Musikunterricht pauschal untersagt wird. Dabei kann beim Instrumentalunterricht der Mindestabstand wesentlich besser eingehalten werden als in den Schulen. Aufgrund der regelmäßig kurzen Dauer werden keine Pausen nötig, die zu einer Vermischung der Teilnehmer ohne Mindestabstand führen könnten wie an den Schulen. Beim Musikunterricht kann eine Infektion folglich mit hoher Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden. Es handelt sich somit um eine rein aktionistische Maßnahme, die gegen das Übermaßverbot verstößt. Da ich selbst einmal die Woche [REDACTED]-Unterricht nehme, der davon betroffen wäre, bin ich diesbezüglich auch klagebefugt.

Die 9. BayIfSMV ist auch **formell verfassungswidrig**. Sie beruht weiterhin auf einer verfassungswidrigen Ermächtigungsgrundlage, die nicht mit dem Parlamentsvorbehalt vereinbar ist. Daran ändert auch der neue § 28a IfSG nichts. Denn die unerlässlichen Abwägungsentscheidungen zwischen den divergierenden Schutzgütern der Gesundheit einerseits und den Freiheitsrechten andererseits würden weiterhin in vollen Umfang an die Exekutive delegiert werden, wie der frühere Präsident des Bundesverfassungsgerichts Papier kritisiert. Dies würde nicht dem Sinn und Zweck des grundgesetzlichen Parlamentsvorbehalts entsprechen. Auch das Argument, die Handlungsfähigkeit der Regierung dadurch zu sichern, überzeugt ihn nicht. Man könnte parlamentarisch zu bestätigende Eilverordnungen einführen. Ebenfalls fehle es an gesetzlichen Regelungen für Entschädigungen und den finanziellen Hilfen für Unternehmen und Selbstständige (vgl. „Papier kritisiert neues Corona-Gesetz als "Persilschein" für Regierung“ auf [beck.de](https://www.beck.de)). Eine reine Aufzählung von möglichen Freiheitseinschränkungen ist außerdem unzureichend – stattdessen hätte man aufgrund der Intensität der Eingriffe klar festlegen müssen, ab wann welche Maßnahmen zulässig sind. Wie ich bereits in 1 BvR 755/20 und im Hauptschriftsatz vom 15.11.2020 zu dieser Verfassungsbeschwerde ausgeführt habe, halte ich Ausgangsbeschränkungen unabhängig von den Umständen für nicht mit unserer freiheitsliebenden Verfassung vereinbar. Dies wird auch an Art. 104 II GG deutlich, nach dem eingriffsintensive Beschränkungen der persönlichen Freiheit bereits nach zwei Tagen als von langer Dauer zu werten sind (NJW 2020, 1627).

Weiterhin ist zu rügen, dass die von § 28a V IfSG vorgesehene Begründung zur Verordnung erst wenige Minuten vor Inkrafttreten der 9. BayIfSMV im Bayerischen Ministerialblatt ordentlich veröffentlicht wurde (BayMBl. Nr. 684, 2126-1-13-G). Ich bitte das Bundesverfassungsgericht den Beweis über die genaue Uploadzeit von dem Provider der

Webseite verkuendung-bayern.de einzuholen. Ich habe gestern in regelmäßigen Abständen die Seite aktualisiert, ohne dass eine Begründung zu sehen war – zuletzt schätzungsweise um 23:30 Uhr – bevor sie dann gegen 23:55 Uhr plötzlich hochgeladen war. Laut BT-Drs. 19/24334, S. 81 dient die Begründungspflicht dazu, die wesentlichen Entscheidungsgründe für die getroffenen Maßnahmen transparent zu machen und dient damit insbesondere der Verfahrensrationalität wie auch der Legitimationssicherung. Sie gewährleistet als prozedurale Anforderung den Grundrechtsschutz durch Verfahren. Die **Begründungspflicht** verfehlt ihren Zweck, wenn die Verordnungsadressaten keine realistische Möglichkeit haben, sich mit ihr vor Inkrafttreten der Verordnung befassen zu können. Insbesondere der präventive Eilrechtsschutz, der bereits das Inkrafttreten der beanstandeten Maßnahmen verhindern soll und den es sowohl vor dem Bundesverfassungsgericht (vgl. Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge/Bethge, 60. EL Juli 2020, BVerfGG § 90 Rn. 368) als auch den Obergerverwaltungsgerichten (vgl. BeckOK VwGO/Giesberts, 55. Ed. 1.10.2020, VwGO § 47 Rn. 36) gibt, wird so unmöglich gemacht. Ein „Nachschieben“ der Begründung, wie vom Bundestagsentwurf vorgesehen, widerspricht dem Rechtsstaatsprinzip und/oder Art. 19 IV 1 GG. Die Regierung kann sich auch nicht darauf berufen, dass man die Begründung nicht früher fertigstellen hätte können. Denn dieselben Maßnahmen wurden bereits am 26.11.2020 im Rahmen einer Pressekonferenz vom Ministerpräsidenten vorgestellt und begründet (<https://www.bayern.de/bericht-aus-der-kabinettsitzung-vom-26-november-2020/>). Dies kann eine ordnungsgemäße Bekanntmachung jedoch nicht ersetzen, denn die Rechtsschutzsuchenden müssen sich auf einen rechtsverbindlich formulierten Text berufen können.

Auch die **Befristungspflicht** des § 28a V IfSG wird durch die aktuelle Praxis der Staatsregierung unterlaufen. In oben erwähnter Pressekonferenz wurde bereits das Vorgehen bis zum Jahreswechsel angekündigt und (wie in meinem Schriftsatz vom 15.11.2020 beschrieben) auch die aktuelle Verlängerung der November-Maßnahmen war schon vor Wochen von der Politik kommuniziert worden. Der Kanzleramtschef hat in einem Interview seine Ansicht geäußert, dass die aktuellen Maßnahmen wohl bis März andauern würden (vgl. <https://www.berliner-zeitung.de/news/helge-braun-corona-einschraenkungen-gehen-bis-maerz-li.121812>) und auch der bayerische Ministerpräsident rechnet schon jetzt mit Einschränkungen bis in den Januar hinein (vgl. <https://www.br.de/nachrichten/bayern/kontakte-masken-laeden-die-neuen-corona-massnahmen-in-bayern,SHSRRdd>). Würden dieselben Maßnahmen für über drei Monate am Stück angekündigt werden, würde man sie wohl ohne Zweifel für unverhältnismäßig erklären. Stattdessen werden sie den Bürgern nun mit Verweis auf eine angebliche Evaluierung häppchenweise präsentiert, was nichts an der Intensität der Eingriffe ändert. Dass keine vernünftige Evaluierung vorgenommen wird, habe ich bereits im Schreiben vom 18.11.2020 dargelegt. Auch am Ende der aktuellen Begründung heißt es: *„Die Maßnahmen der vorliegenden Verordnung sind – wie durch § 28a Abs. 5 IfSG angeordnet – zeitlich befristet. Darüber hinaus ist auf Bund-Länder-Ebene vereinbart, voraussichtlich am 15. Dezember 2020 erneut über die Maßnahmen zu beraten und diese ggf. anhand des bis dahin beobachteten Infektionsgeschehens anzupassen.“* Eine Entscheidung soll folglich an die Ministerpräsidentenkonferenz (die hierfür von Verfassungs wegen aber nicht zuständig ist!) delegiert werden. Auch die aktuelle Verordnung beruhe auf einem Maßnahmenpaket, dessen Eckpunkte in den Bund-Länder-Konferenzen vom 28.10. und 25.11. beschlossen worden seien (vgl. 4. Absatz). Es wird somit nicht ersichtlich, dass die bayerische

Staatsregierung eine eigene Güterabwägung unter Analyse des bayerischen Infektionsgeschehens sowie der Dauer und Intensität der bisherigen bayerischen Maßnahmen vorgenommen hätte.

In ihrer Begründung zur 9. BayIfSMV gibt die Regierung selbst zu: *„Kontaktbeschränkungen alleine sind allerdings nicht hinreichend, um eine Reduktion des Infektionsgeschehens zu gewährleisten. Neben sie müssen flankierend weitere Einschränkungen des öffentlichen Lebens treten, um eine Kontaktreduktion zu gewährleisten.“* Es stellt sich somit die Frage, was die aktuelle Verschärfung der 2-Haushalts-Regel, die ohnehin nur noch ein absolutes Mindestmaß an sozialen Kontakten erlaubt, erreichen soll, wenn sich die entscheidenden Infektionsketten offensichtlich woanders entwickeln. So führt das Robert-Koch-Institut in seinem gestrigen Situationsbericht auf, dass zunehmend COVID-19-bedingte Ausbrüche in Alten- und Pflegeheimen gemeldet, aber auch in Schulen und im beruflichen Setting gemeldet würden (vgl. COVID-19 Situationsbericht 30.11.2020 auf rki.de, S. 2). Wenn das laut Begründung erklärte Ziel die flächendeckende Reduktion des Infektionsgeschehens ist, sollte der Staat vorrangig bei den Institutionen ansetzen, die unter seinem Einfluss stehen, wie Schulen, Arbeitsstätten und Pflegeheime, und nicht im privaten Bereich, in dem er ohnehin nur begrenzt etwas bewirken kann. Somit liegen mit der Verschärfung der 2-Haushalts-Regel eine offensichtliche Überschreitung der Einschätzungsprärogative sowie ein Verstoß gegen das Übermaßverbot vor.

Aus einer vernünftigen Güterabwägung ergibt sich nicht nur, dass man sich um nachgewiesene Infektionsherde verstärkt kümmern sollte, sondern auch, dass man gesellschaftliche Bereiche, in denen keine neuen Infektionsherde zu erwarten sind, wieder entlastet. Ich verweise auf einen diesem Schreiben angehängten Appell des BDLO-Präsidenten zur baldigen Wiederzulassung von Konzerten und Proben von Amateurorchestern (vgl. [https://www.bdlo.org/media/uploads/files/BDLO\\_-\\_Appell\\_zur\\_baldigen\\_Wiederzulassung\\_von\\_Konzerten\\_und\\_Proben\\_der\\_Amateurorchester.pdf](https://www.bdlo.org/media/uploads/files/BDLO_-_Appell_zur_baldigen_Wiederzulassung_von_Konzerten_und_Proben_der_Amateurorchester.pdf)), in dem die gravierenden Auswirkungen der aktuellen Maßnahmen thematisiert werden. Die Regierung führt hingegen in der Begründung zur 9. BayIfSMV aus:

*„[U. a. im Kulturbereich] kann das Infektionsgeschehen nach den bisherigen Erkenntnissen durch eine Verminderung der persönlichen Kontakte effektiv begrenzt werden. Eine Erstreckung auf andere Bereiche wäre mit noch schwereren Folgen verbunden, auch in gesamtwirtschaftlicher Hinsicht. Dies gilt unabhängig davon, ob sich der Anteil der betroffenen Bereiche am Infektionsgeschehen zum gegenwärtigen Zeitpunkt genau und im Einzelnen sicher feststellen lässt. Wie bereits dargestellt, ist die Ermittlung der Umstände einer Infektion ohnehin nur schwer möglich. Da nur durch eine generelle Reduzierung von persönlichen Kontakten das Infektionsgeschehen beherrscht werden kann, ist entscheidend, dass in der Gesamtschau der beschlossenen Einschränkungen diese angestrebte Wirkung erreicht werden kann und diese im Hinblick auf die Belastung nicht außer Verhältnis steht.*

*In den Bereichen der [...] kulturellen Veranstaltungen [...] können die notwendigen Hygienemaßnahmen wie Mindestabstand und Maskentragen nur begrenzt eingehalten werden. [...] Auch dort, wo Gäste oder Zuschauer grundsätzlich an festen Plätzen platziert und insoweit Mindestabstände eingehalten werden können, ist es unvermeidlich, dass die Gäste oder Zuschauer vor dem Einnehmen und nach Verlassen dieser Plätze in Begegnungsbereichen wie*

*Gängen, Eingangsbereichen, Garderoben, Toiletten usw. aufeinandertreffen, ohne dass Abstände konsequent eingehalten werden können. [...] Aus diesen Gründen kann die in den genannten Bereichen bestehende Infektionsgefahr auch bei Beachtung von Schutz- und Hygienekonzepten nicht vollständig vermieden werden. Konnten diese Bereiche bei günstigeren Infektionsgeschehen noch unter entsprechenden Hygieneauflagen und insbesondere im Sommer, als ein großer Teil der Betätigungen im Freien erfolgte, stattfinden, so ist unter den gegebenen Bedingungen die Schließung der entsprechenden Bereiche unumgänglich.“*

Die Regierung scheint bewusst zu ignorieren, dass das Infektionsgeschehen nicht durch eine Verringerung persönlicher Kontakte per se, sondern durch eine Verringerung von Begegnungen mit Unterschreitung des Mindestabstands, begrenzt werden kann. Das ist der Sinn hinter Hygiene-Konzepten – die es im Kulturbereich wenigstens gibt. Dass ein Herunterfahren des Kulturbereichs im Vergleich zu anderen Bereichen das „geringere Übel“ sei, verkennt völlig die verfassungsrechtliche Bedeutung der Kultur. Ein vernünftiges Hygienekonzept enthält auch Bestimmungen zum Betreten und Verlassen der Kulturstätte, sodass es in potenziellen Begegnungsbereichen eben nicht zu Abstandsunterschreitungen kommt. Hygienekonzepte können übrigens auch an die Jahreszeit und einen Indoor-Aufenthalt angepasst werden. Erneut ist erstaunlich, dass mit der wissenschaftlichen Erkenntnislage nicht konsequent umgegangen wird. Die Regierung entscheidet nach Belieben, wann sie „nicht sicher“ sagen kann, dass bestimmte Bereiche keine Infektionsherde seien (Kultur), und wann anscheinend schon (Schulen). Vor diesem Hintergrund ist auch nicht nachvollziehbar, wieso die Kontaktbeschränkungen nicht für ehrenamtliche Tätigkeiten in Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts gelten (§ 3 III). Ist ein Ehrenamt, das unter Aufsicht des Staates steht, mehr wert als das von Privatvereinen?

Demnach verstoßen die Verschärfung der Kontaktbeschränkungen, die Ungleichbehandlung von Schulen mit Universitäten und Musikschulen sowie die andauernde Schließung aller Kulturstätten in Verbindung mit dem allgemeinen Verbot gegen die Verfassung.

Mit freundlichen Grüßen

Gez. Benjamin Stibi

██████████, 09. Dezember 2020

**Nachtrag bzgl. Eilantrag/Verfassungsbeschwerde vom 15.11.2020 (1 BvR 2582/20)**

Sehr geehrte Damen und Herren,

ich möchte sowohl meine Verfassungsbeschwerde als auch den zugehörigen Eilantrag auf die

**Zehnte Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (10. BayIfSMV)**

vom 08. Dezember 2020 (BayMBl. 2020 Nr. 711, 2126-1-14-G),

insbesondere die §§ 3, 5, 21, 23, 25 S. 1 Nr. 1, Nr. 4 i. V. m. § 29,

erweitern.

Als Einwohner des Landkreises ██████████, der aktuell noch als „Hotspot“ gilt, bin ich auch von den Regelungen bei einer Sieben-Tages-Inzidenz größer 200 selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen (vgl. ██████████ für den Inzidenzwert des RKI).

Eine ausführlichere Begründung folgt im Laufe des Tages.

Mit freundlichen Grüßen

Gez. Benjamin Stibi

██████████, 10. Dezember 2020

## **Begründung der Erweiterung meines Eilantrags/Verfassungsbeschwerde vom 15.11.2020 (1 BvR 2582/20) auf die 10. BayIfSMV**

Sehr geehrte Damen und Herren,

wie angekündigt nachfolgend die Begründung der Erweiterung meiner Verfassungsbeschwerde sowie meines Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung auf die 10. BayIfSMV. Ich werde hauptsächlich auf die Änderungen im Vergleich zur Vorgängerregelung eingehen. Auch wenn die 8. und 9 BayIfSMV inzwischen außer Kraft getreten sind, gilt der Inhalt meiner vorherigen Schreiben sinngemäß weiterhin (vor allem die Ausführungen zur Eilbedürftigkeit, dem Grundrecht auf Kulturausübung und –genuss, dem Parlamentsvorbehalt, der Verhältnismäßigkeit, Kollateralschäden, überlangen Verfahrensdauer, Folgenabwägung sowie die Anträge) und soll entsprechend bei der Entscheidung ebenso berücksichtigt werden.

### A. Zulässigkeit

Die Erweiterung des Klagegegenstands ist zulässig. Andernfalls würde der Eilrechtsschutz vor dem Bundesverfassungsgericht leerlaufen und mein Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz (noch intensiver) verletzt werden. Zur Vermeidung von Wiederholungen verweise ich auf meine weitergehenden Ausführungen hierzu in meinen vorherigen Schreiben. Mich trifft kein Verschulden hinsichtlich des Umstands, dass keine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts innerhalb der Geltungsdauer der 8. und 9. BayIfSMV, durch die die 10. BayIfSMV in der aktuellen Form verhindert hätte werden können, ergangen ist.

Weiterhin sind die angegriffenen Normen **inhaltlich überwiegend identisch** zur Vorgängerregelung. §§ 5, 21, 23 und 25 S. 1 Nr. 4 (in der 9. BayIfSMV: Nr. 3) sind im Vergleich zur 9. BayIfSMV unverändert geblieben. Neu sind hingegen die allgemeinen Ausgangsbeschränkungen (§ 3) sowie die nächtliche Ausgangssperre (§ 25 S. 1 Nr. 1) in Hotspots. Das Infektionsgeschehen hat sich aber nicht derartig geändert, dass eine neue fachgerichtliche Aufarbeitung als Entscheidungsgrundlage für das Bundesverfassungsgericht nötig wäre. Im Bedarfsfall könnte sich das Bundesverfassungsgericht die nötigen Informationen auch unmittelbar selbst verschaffen (z. B. über §§ 26 I 2, 27a BVerfGG). Bei meiner ersten Verfassungsbeschwerde (1 BvR 755/20) hat das Bundesverfassungsgericht ebenfalls eine Erweiterung auf die Nachfolgeregelungen der ursprünglich angegriffenen Maßnahmen akzeptiert.

Jedenfalls liegt hier ein Fall des § 90 II 2 BVerfGG vor. Nachdem mehrere Millionen Menschen sowohl von den Ausgangsbeschränkungen als auch der nächtlichen Ausgangssperre betroffen sind,<sup>173</sup> ist **allgemeine Bedeutung** gegeben. Die Verfassungsbeschwerde lässt die Klärung grundsätzlicher verfassungsrechtlicher Fragen erwarten, zumal das Bundesverfassungsgericht sich meines Wissens nach noch nie mit einer nächtlichen Ausgangssperre befasst hat, und über meinen Fall hinaus würden zahlreiche gleich gelagerte Fälle praktisch mitentschieden werden.<sup>174</sup>

---

<sup>173</sup> Vgl. <https://www.sueddeutsche.de/bayern/bayern-corona-soeder-massnahmen-1.5138780> (fast jeder vierte Bewohner des Freistaats lebt in einem Hotspot).

<sup>174</sup> Vgl. BeckOK BVerfGG/Niesler, 9. Ed. 1.7.2020, BVerfGG § 90 Abs. 2 Rn. 158 ff.

Neben der immensen Symbolkraft würde in diesen Tagen die von der Entscheidung nach § 31 BVerfGG ausgehende Rechtssicherheit die überlasteten Verwaltungsgerichte bei ihrer Entscheidungsfindung unterstützen können und die Bevölkerung durch konkrete Vorgaben vor einem drohenden Flickenteppich verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung bewahren. Auch wenn die Regelungen der Länder alles andere als einheitlich sind, wären Kernaussagen einer bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidung zu den höchstpersönlichen Grundrechten wie etwa der Freiheit der Person überaus wertvoll. Sofern das Gericht auf das Fehlen einer Aufarbeitung der Tatsachenlage durch naturwissenschaftliche Bewertungen und Prognosen der Krankheitsentwicklung verweist, handelt es sich dabei jedoch um einen Vorbehalt, der vielen rechtlichen Beurteilungen immanent ist. Im Rahmen eines Eilverfahrens dürfte eine Reduktion dieser Anforderungen im Hinblick auf Art. 19 IV GG und den mit einer Entscheidung einhergehenden objektiven „Verfassungsintegritätsschutz“ durchaus geboten erscheinen. Der Ertrag einer (befristeten) Eilentscheidung des Bundesverfassungsgerichts überwiegt das angeführte Defizit an der Endgültigkeit medizinischer, virologischer und psychologischer Aufbereitungen, zumal das Bundesverfassungsgericht dies in einem Beschluss unmissverständlich betonen könnte. Es ist damit festzustellen, dass das Bundesverfassungsgericht die rechtspolitischen Mittel besitzt, eine Entscheidung zu treffen, ohne den vorherigen Eilrechtsschutz bei den (Ober-) Verwaltungsgerichten und Verwaltungsgerichtshöfen abwarten zu müssen.<sup>175</sup> Außerdem ist zu berücksichtigen, dass die Pandemielage nun schon seit über einem halben Jahr besteht. Inzwischen haben die Fachgerichte durch ihre summarischen Prüfungen im Eilverfahren sowie einige Entscheidungen in der Hauptsache durchaus eine Tatsachenlage geschaffen, die dem Bundesverfassungsgericht eine ausreichende Entscheidungsgrundlage bietet. Ohnehin wird die Entscheidung über die Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen eher eine Frage des „rechtlichen Bauchgefühls“ sein und sich eine fachgerichtliche Aufarbeitung kaum von den in der medialen Berichterstattung ständig verbreiteten oder inzwischen zum Allgemeinwissen zählenden wissenschaftlichen Erkenntnissen unterscheiden.

Außerdem droht mir auch ein **schwerer und unabwendbarer Nachteil**. Indem das Verlassen der eigenen Wohnung generell verboten wird, tasten die Ausgangsverbote den Wesensgehalt der persönlichen Freiheit an. Indem Kontakte außerhalb des eigenen Hausstandes nachts vollständig verboten sind und tagsüber auf polizeiliche Nachfrage gegebenenfalls die persönliche Beziehung offengelegt werden muss, wird der Wesensgehalt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts berührt.<sup>176</sup> Diese Eingriffe sind somit als besonders intensiv und irreversibel zu werten.

Die Verweisung auf den fachgerichtlichen Rechtsweg wäre auch **unzumutbar**. Denn der BayVGH hat am 08.12.2020 erneut ablehnend über einen Eilantrag u. a. gegen die allgemeinen Kontaktbeschränkungen, die die Grundlage aller von mir gerügten Maßnahmen bilden, entschieden (20 NE 20.2461). Auch wenn dieser noch gegen die 9. BayIfSMV gerichtet war, hat sich die dem BayVGH zugrundeliegende Infektionslage seit vorgestern nicht so wesentlich geändert, dass eine erneute Anrufung des VGH ein anderes Ergebnis hervorbringen könnte.

---

<sup>175</sup> Vgl. Nicolas Harding, Was würde das BVerfG sagen?, JuWissBlog Nr. 51/2020 v. 08.04.2020, <https://www.juwiss.de/51-2020/>.

<sup>176</sup> Vgl. Schmitt. Die Verfassungswidrigkeit der landesweiten Ausgangsverbote, NJW 2020, 1629 ff.

Falls das Bundesverfassungsgericht dennoch auf der Erschöpfung des Rechtswegs beharren sollte, bitte ich darum, die Entscheidung über diesen Antrag zurückzustellen, bis ein entsprechender Beschluss des BayVGh über die 10. BayIfSMV ergangen ist, den ich dem Bundesverfassungsgericht wieder vorlegen kann.

Von den flächendeckenden Ausgangsbeschränkungen bin ich als Einwohner Bayerns sowie von den nächtlichen Ausgangssperren in den Hotspots als Einwohner des Landkreises [REDACTED], selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen. Das Verbot i. V. m. der Schließung der Kulturstätten hindert mich daran, an Orchesterproben teilzunehmen und Konzerte aufzuführen. Auch freizeitleiches Musizieren mit mehr als einem weiteren Haushalt wird untersagt. Das Verbot des Musikunterrichts beeinträchtigt mich ebenfalls, da ich je nach Auslegung der Vorschrift meinen wöchentlichen [REDACTED]-Unterricht nicht mehr besuchen kann.

## B. Begründetheit

Die 10. BayIfSMV ist schon **formell verfassungswidrig**. Sie beruht weiterhin auf einer verfassungswidrigen Ermächtigungsgrundlage, die nicht mit dem Parlamentsvorbehalt vereinbar ist. Der BayVGh verkennt bei seiner Bewertung des § 28a IfSG, dass der Parlamentsvorbehalt gerade darauf abzielt, dass intensive Grundrechtseingriffe unmittelbar auf einen Akt des Parlaments zurückzuführen sind und nicht von diesem an einen Verordnungsgeber delegiert werden. Dadurch dass der § 28a IfSG die möglichen Schutzmaßnahmen auch nur aufzählt, ohne die Art und Reihenfolge ihrer Anwendung anhand von für den Bürger konkret nachvollziehbarer Werte festzulegen, wird die nötige Verhältnismäßigkeitsabwägung verfassungswidrig von der Legislative an die Exekutive übertragen.

Die in der 10. BayIfSMV vorgesehene nächtliche Ausgangssperre ist von der Ermächtigungsgrundlage auch nicht gedeckt. Denn der § 28a II Nr. 2 IfSG sieht dem Wortlaut nach nur eine „Ausgangsbeschränkung“ vor, wonach ein Mindestmaß an sozialen Kontakten gewährleistet bleiben muss (§ 28a II a. E. IfSG). § 25 S. 1 Nr. 1 der 10. BayIfSMV enthält aber gerade keine Ausnahme für den Besuch anderer Personen, sodass Alleinlebende für immerhin ein Drittel des Tages vollständig sozial isoliert sind. Während der § 28a II Nr. 2 IfSG auch nur das Verlassen des „privaten Wohnbereichs“ (zu dem auch der Garten zählen würde) verbietet, darf nach dem Wortlaut des § 25 S. 1 Nr. 1 der 10. BayIfSMV die „Wohnung“ selbst nicht mehr verlassen werden. Nach dem § 28a II IfSG darf eine qualifizierte Ausgangsbeschränkung auch nur dann angewendet werden, „soweit auch bei Berücksichtigung aller bisher getroffenen anderen Schutzmaßnahmen eine wirksame Eindämmung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) erheblich gefährdet wäre“. Die Regierung vermutet jedoch nur, dass in Hotspots andere Maßnahmen nicht genügend wirken („Eine entsprechende Ausgangsbeschränkung ist aufgrund von § 28a Abs. 2 Nr. 2 IfSG zulässig, weil in Hotspots mit Inzidenzen von über 200 davon ausgegangen werden muss, dass eine wirksame Eindämmung der Verbreitung von COVID-19 durch alle anderen Maßnahmen nicht zielführend war und daher eine Ausgangsbeschränkung, die insbesondere die Möglichkeiten geselliger Zusammenkünfte in der Freizeit weiter einschränkt, erforderlich ist, um dieses Ziel nicht erheblich zu gefährden.“ vgl. BayMBl. 2020 Nr. 712), ohne dass eine erhebliche Gefährdung vorliegt. Im Gegenteil: Wie die Regierung in der Begründung zur 10. BayIfSMV selbst zugibt,

konnte die Ansteckungskurve inzwischen abgeflacht werden. Dem Wortlaut nach ist mit einer dauerhaften Stagnation eine „wirksame Eindämmung“ gegeben – auf das Unterschreiten eines bestimmten Inzidenzwerts kann es dabei nicht ankommen. Außerdem sind bisher noch nicht „alle anderen“ möglichen Maßnahmen des § 28a I IfSG getroffen worden – der Einzelhandel ist beispielsweise noch geöffnet, obwohl er geschlossen werden könnte (Nr. 14).

Hinsichtlich der nächtlichen Ausgangssperre ist die Regierung auch ihrer Begründungspflicht aus § 28a V IfSG nicht nachgekommen. Die Begründung zur 10. BayIfSMV enthält lediglich obige Ausführungen zur Zulässigkeit der Anordnung einer Ausgangssperre, jedoch keine inhaltliche Erklärung, inwieweit sie geeignet sei, gesellige Zusammenkünfte in der Freizeit einzuschränken oder inwiefern „alle anderen“ Maßnahmen keine Wirkung gezeigt hätten. Angesichts der hohen Eingriffsintensität in die Freiheit der Person ist die Begründung in diesem Punkt nicht ausreichend.

Die §§ 3, 25 S. 1 Nr. 1, Nr. 4 entsprechen auch nicht dem Bestimmtheitsgebot. Weiterhin bleibt unklar, was ein „triftiger Grund“ ist. Nach dem BayVGH zählt dazu „jeder sachliche, nicht von vornherein unzulässige Grund“,<sup>177</sup> sodass die Beschränkung in der Praxis leer läuft. § 3 II 2 enthält auch die unbestimmte Formulierung „engster Familien- oder Freundeskreis“ (ab wann sind Familienmitglieder und Freunde eng?). Dieses Tatbestandsmerkmal kann in der Praxis auch nicht ohne einen erheblichen Eingriff in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung überprüft werden: Den Staat geht es nichts an, wer mit wem wie (eng) befreundet ist und vor allem lässt sich dies den Polizeivollzugsbeamten auch nicht beweisen. Der Erlaubnisvorbehalt des § 25 S. 1 Nr. 1 lit. h bietet den Normadressaten zudem keinen Mehrwert. Denn die zuvor aufgelisteten Gründe reichen vom medizinischen Notfall bis zum Füttern von Tieren oder dem Besuch eines Weihnachtsgottesdiensts, die aus so verschiedenen Lebensbereichen stammen und von so unterschiedlicher Wichtigkeit sind, dass man sie nicht vernünftig miteinander vergleichen oder bewerten kann. Dementsprechend ist es schwierig, zu wissen, ob sich das eigene Verhalten als „ähnlich gewichtiger und unabweisbarer Grund“ subsumieren lässt. Fraglich ist auch, ob sich die Verwandten, die einen zu Weihnachten besuchen dürfen (wie von § 3 II 2 vorgesehen), strafbar machen, wenn sie länger als 21 Uhr bleiben (was der Normalfall sein wird, gerade da die Christmette oft erst spät abends beginnt), da sie sich technisch gesehen außerhalb ihrer „eigenen“ Wohnung i. S. d. § 25 S. 1 Nr. 1 aufhalten. Nach wie vor ist auch unklar, ob Musikunterricht, der nicht an einer Musikschule, aber an einer sonstigen Schule (z. B. durch abendliche Nutzung der Räumlichkeiten XXXXXXXXXX) oder in Privathaushalten stattfindet, in Hotspots durchgeführt werden darf. Denn in § 20 III geht es in Satz 1 um „Musikschulen“ und in Satz 2 um „Unterricht außerhalb von Schulen“. § 25 S. 1 Nr. 4 verweist zwar auf den gesamten Absatz, spricht aber nur explizit von „Unterricht an Musikschulen“ und die Ordnungswidrigkeitsvorschrift des § 29 redet erst in Nr. 16 von „Musikunterricht“ allgemein und wiederum in Nr. 19 vom „Unterricht an Musikschulen“. Besorgniserregend ist auch der § 26, nach dem die zuständige Kreisverwaltungsbehörde bei einer 7-Tages-Inzidenz größer 300 „unverzüglich weitergehende Anordnungen treffen [muss]“. Der Rahmen des § 28a IfSG wird zu diesem Zeitpunkt wohl aber schon ausgeschöpft sein (mehr als die Ausgangssperre des § 25 geht ohnehin nicht) – damit öffnet die Regierung ein Fass ohne Boden.

---

<sup>177</sup> Vgl. VGH München, Beschluss v. 28.04.2020 – 20 NE 20.849.

Obwohl ihr Inhalt bereits seit dem 06.12.2020 feststand,<sup>178</sup> wurde die 10. BayIfSMV erst ca. 45 Minuten<sup>179</sup> vor Inkrafttreten im BayMBl. ordnungsgemäß veröffentlicht, sodass den Normadressaten nicht genügend Zeit blieb, um sich auf ihre Geltung einstellen zu können.

The image shows two screenshots of the 'BAYERN.RECHT' website, which is the official portal for laws and regulations in Bavaria. The top screenshot displays search results for 'Veröffentlichungen im BayMBl.' (Publications in the Bavarian Official Gazette). The search criteria are set to 'Alle Ressorts' and 'Alle Typen'. The results table shows one entry: Fundstelle 2020 Nr. 709, Verkündung 04.12.2020, Titel 'Ergänzungsrichtlinie zur Gewerbesteuerausgleichsvollzugsrichtlinie (GewStAVollzÜrgR)', GI-Nr. 604 F, Erlass 02.12.2020, and Ressort 'Staatsministerium der Finanzen und'. The bottom screenshot shows a similar search with 1.264 hits. The results table includes three entries: Fundstelle 2020 Nr. 712, Verkündung 08.12.2020, Titel 'Begründung der Zehnten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (10. BayIfSMV)', GI-Nr. 08.12.2020, Erlass 08.12.2020, Ressort 'Staatsministerium für Gesundheit und Pflege'; Fundstelle 2020 Nr. 711, Verkündung 08.12.2020, Titel 'Zehnte Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (10. BayIfSMV)', GI-Nr. 08.12.2020, Erlass 08.12.2020, Ressort 'Staatsministerium für Gesundheit und Pflege'; and Fundstelle 2020 Nr. 710, Verkündung 08.12.2020, Titel 'Corona-Pandemie: Feststellung der Katastrophe in Bayern', GI-Nr. 2154 I, Erlass 08.12.2020, Ressort 'Staatsministerium des Internen, für Sport und Integration'.

Die sehr späte Veröffentlichung der Verordnung löste in diversen Kommunen und auch an Schulen Unsicherheiten aus - mit der Folge, dass die Umstellung auf Wechsel- oder Distanzunterricht teilweise erst einen Tag später erfolgen konnte.<sup>180</sup> Der zugehörige Bußgeld-Katalog „Corona-Pandemie“ vom 02.11.2020 (BayMBl. Nr. 617) wurde seitdem auch nicht mehr in aktualisierter Form für die 9. oder 10. BayIfSMV veröffentlicht, wodurch für die Bürger die konkreten Folgen eines Verstoßes nicht absehbar sind.

Die allgemeine Ausgangsbeschränkung und die nächtliche Ausgangssperre sind auch **materiell verfassungswidrig**. Neben den bereits gerügten Grundrechtsverletzungen wie des Grundrechts auf Kulturausübung und –genuss verletzen sie die **Grundrechte auf Freiheit der Person (Art. 2 II 2, Art. 104 GG)**, auf **Freizügigkeit (Art. 11 GG)** sowie auf **Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 I GG)**.

<sup>178</sup> Vgl. <https://www.bayern.de/bericht-aus-der-kabinettsitzung-vom-6-dezember-2020/?seite=1617>.

<sup>179</sup> Vgl. nachfolgende Screenshots der BayMBl-Webseite von 23:06 bzw. 23:19 Uhr am 08.12.20.

<sup>180</sup> Vgl. <https://www.sueddeutsche.de/bayern/corona-bayern-news-ausgangssperre-nacht-1.5139679>.

Art. 2 II 2 GG schützt die körperliche (Fort-)Bewegungsfreiheit. Der Einzelne wird davor geschützt, in seiner räumlichen Entfaltung gegen seinen Willen auf einen begrenzten Raum beschränkt zu werden. Die Freiheit der Person nimmt einen hohen Rang unter den Grundrechten ein, denn sie ist Grundlage und Voraussetzung für die physische Existenz und die soziale Handlungsfähigkeit des Menschen und damit Basis für alle sonstigen frei gewählten Verhaltensweisen.<sup>181</sup> Durch beide Maßnahmen wird das Verlassen der eigenen Wohnung ohne (triftigen) Grund verboten. Somit liegt ein Eingriff in Art. 2 II 2 GG vor.

Je nachdem, ob man ein Exklusivitätsverhältnis zwischen beiden Grundrechten annimmt,<sup>182</sup> ist auch Art. 11 GG verletzt, da ich darin gehindert werde, mich außerhalb meiner Wohnung aufzuhalten. Dieses Verweilen an einem anderen Ort hätte beispielsweise bei einem nächtlichen Treffen mit Freunden auch mehrere Stunden (oder bei einer Übernachtung auch länger) andauern können.<sup>183</sup>

Die Unverletzlichkeit der Wohnung soll die räumlich abgeschirmte Privatsphäre des Wohnungsinhabers vor staatlichen Eingriffen schützen.<sup>184</sup> Indem der Ordnungsgeber aber das Verlassen der Wohnung unter Strafe stellt bzw. nur unter bestimmten, von ihm festgelegten Gründen erlaubt, kann er dadurch mittelbar das Geschehen innerhalb der Wohnung beeinflussen, wie dass dort keine Treffen mit haushaltsfremden Personen stattfinden, sodass das Recht des Wohnungsinhabers, „innerhalb seiner eigenen vier Wände zu tun und zu lassen, was er will“, beeinträchtigt wird.

Daneben liegen durch die aus den Ausgangsbeschränkungen resultierenden sozialen Einschränkungen wieder Verletzungen des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch einen Eingriff in den Kernbereich privater Lebensgestaltung sowie des Grundrechts auf Kulturausübung und –genuss sowie durch die Privilegierung der Berufstätigen und Religiösen eine verfassungswidrige Ungleichbehandlung vor. Eine bevorzugte Behandlung der Weihnachtsfeiertage (§ 3 II 2) verstößt gegen die Religionsfreiheit (Art. 4 GG) und diskriminiert Angehörige anderer Religionen.

Die Ausgangsbeschränkung und die nächtliche Ausgangssperre sind schon nicht zum Infektionsschutz geeignet. Nachdem nach der Rechtsprechung des VGH beinahe jeder Grund ein „triftiger Grund“ darstellt und der Besuch eines weiteren Hausstands sowie von Arbeit, Schule, Supermärkten etc. explizit als triftige Gründe genannt sind, führt § 3 im Vergleich zur Vorgängerregelung nicht zu einer Beschränkung der Kontakte, schränkt aber zugleich die Freiheit der Person ein. Bei wörtlicher Auslegung des § 29 Nr. 1 wird auch nur das „Verlassen“ der Wohnung ohne triftigen Grund unter Strafe gestellt, nicht aber ein anschließendes Verweilen außerhalb der Wohnung. Eine nächtliche Ausgangssperre ist auch wirkungslos, da die meisten sozialen Kontakte tagsüber stattfinden und alle Örtlichkeiten, an denen es nachts bei Minusgraden zu Menschenansammlungen kommen könnte, wie die Gastronomie, ohnehin bereits geschlossen sind. Stattdessen besteht die Gefahr, dass die Ausgangssperre dazu führt, dass sich die Treffen vom öffentlichen in den schwerer kontrollierbaren privaten Raum verlagern. Nach Ansicht des Deutschen Städte- und Gemeindebunds sind sie auch nicht

---

<sup>181</sup> Vgl. Schmitt, NJW 2020, 1626.

<sup>182</sup> Vgl. BeckOK GG/Ogorek, 45. Ed. 15.11.2020, GG Art. 11 Rn. 56 f.

<sup>183</sup> Bejaht eine Verletzung von Art. 11 GG bei Ausgangssperren: Maunz/Dürig/Durner, 91. EL April 2020, GG Art. 11 Rn. 83.

<sup>184</sup> Vgl. BeckOK GG/Kluckert, 44. Ed. 15.8.2020, GG Art. 13 Rn. 5a.

automatisch ein passendes Mittel für alle Gebiete mit hohem Inzidenzwert. Schließlich könnten auch Hochzeitsfeiern oder Ausbrüche in Altenheimen Grund für rasant steigende Infektionszahlen sein.<sup>185</sup>

Die Maßnahmen sind auch nicht erforderlich. Nachdem schon seit Anfang November im privaten Bereich freizeitleiche und soziale Aktivitäten auf ein absolutes Minimum reduziert worden sind, ist offensichtlich, dass man sich für ein wirksames Eindämmen des Infektionsgeschehens auf die Ausbrüche in Alten-/Pflegeheimen, Gemeinschaftseinrichtungen und beruflichen Settings<sup>186</sup> konzentrieren und nicht ständig die Kontaktbeschränkungen zwar sprachlich, aber nicht praktisch verschärfen sollte. Außerdem sollte man zunächst abwarten, welche epidemiologische Wirkung von den nun doch erfolgten Schulschließungen ausgeht. Man infiziert sich auch nicht mit dem Coronavirus, weil man rausgeht, sondern weil man andere Leute trifft. Wenn man trotz Ausgangssperre nachts in seinen Garten oder alleine spazieren geht, wird man sanktioniert, ohne ein Individual- oder Gemeinschaftsrechtsgut verletzt zu haben, was der ultima-ratio-Funktion des Strafrechts zuwider läuft. Es liegt somit ein Verstoß gegen das Willkürverbot vor. Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts ist Willkür bei einer Maßnahme gegeben, welche im Verhältnis zu der Situation, der sie Herr werden will, tatsächlich und eindeutig unangemessen ist (BVerfGE 80, 48). Hier werden im Rahmen der Sperrstunde Tätigkeiten untersagt und strafbewehrt, die für das Infektionsgeschehen vollständig und nach jeder Betrachtungsweise irrelevant sind. Wenn mit der Ausgangssperre nächtliche Ansammlungen verhindert werden sollen (wobei dann wieder eine Ungleichbehandlung gegenüber Treffen zu sonstigen Zeiten vorliegt), könnte man als milderer, gleich geeignetes Mittel auch einfach konkret das Treffen mit anderen Personen zu diesen Zeiten verbieten, ohne so stark in die Freiheit der Person einzugreifen.

Eine nächtliche Ausgangssperre muss nämlich als Freiheitsentziehung i. S. d. Art. 104 II GG gewertet werden. Die Unterscheidung zwischen freiheitsentziehenden und freiheitsbeschränkenden Maßnahmen erfolgt je nach der Eingriffsintensität. Eine Freiheitsbeschränkung liegt vor, wenn jemand durch die öffentliche Gewalt gegen seinen Willen daran gehindert wird, einen Ort aufzusuchen oder sich dort aufzuhalten, der ihm an sich zugänglich wäre. Die Freiheitsentziehung ist die schwerste Form der Freiheitsbeschränkung. Sie setzt eine besondere Eingriffsintensität und eine nicht nur kurzfristige Dauer der Maßnahme voraus. § 25 S. 1. Nr. 1 ordnet grundsätzlich das Verbleiben in der eigenen Wohnung für sämtliche Personen an. Ein Ausgang ist zwar bei Vorliegen bestimmter Gründe erlaubt. Der nicht abschließende Katalog der möglichen Gründe ist aufgrund seiner bewusst restriktiven Formulierung („gewichtig und unabweisbar“) jedoch nicht geeignet, ein großes Mehr an persönlicher Fortbewegungsfreiheit zu schaffen. Aufgrund dieser Härten wird durch ein Ausgangsverbot jedenfalls in konkreten Fällen die körperliche Bewegungsfreiheit nach jeder Richtung hin aufgehoben. Dies ist auch sein intendiertes Ergebnis. Denn ein präventives Ausgangsverbot versucht gerade, seinen infektionsschutzrechtlichen Zweck zu erreichen, indem die Anzahl der Personen, die sich im öffentlichen Raum bewegen, möglichst klein gehalten wird. Das Ausgangsverbot ist daher als freiheitsentziehende Maßnahme einzuordnen. Es sei aber noch einmal darauf hingewiesen, dass

---

<sup>185</sup> Vgl. <https://www.esslinger-zeitung.de/inhalt.warnung-vor-ausgangssperren-staedtebund-warnt-vor-naechtlichen-ausgangssperren.d3f1a470-7dda-4b3f-8d2c-48b79415f215.html>.

<sup>186</sup> Vgl. COVID-19-Situationsbericht vom 09.12.2020 auf rki.de, S. 1.

diese Einordnung letztlich nur entscheidend ist für die Anwendbarkeit der Verfahrensvorschriften in Art. 104 II GG. Auch wenn man das Ausgangsverbot „lediglich“ als sehr eingriffsintensive Freiheitsbeschränkung versteht, weil etwa die Ausübung beruflicher Tätigkeiten erlaubt bleibt, sind damit keine Erleichterungen der Eingriffsrechtfertigung verbunden.<sup>187</sup> Nach § 25 S. 3 dauert die nächtliche Ausgangssperre mindestens sieben Tage an. Da tagsüber ebenfalls eine freiheitsbeschränkende Maßnahme gilt, ist in der Gesamtschau auch auf diese Dauer abzustellen. Selbst wenn man aufgrund der Begrenzung der Ausgangssperre auf acht Stunden nachts in ihr nur eine Freiheitsbeschränkung sieht, kommt diese aufgrund ihrer täglichen Wiederholung im Ergebnis einer Freiheitsentziehung gleich. Andernfalls würde das Telos hinter den Höchstfristen des Art. 104 II, III GG leerlaufen. Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts kann schon die Aufhebung der Bewegungsfreiheit für einen Zeitraum von mehreren Stunden eine Freiheitsentziehung darstellen (NVwZ 2011, 746). Auch die räumliche Komponente der Freiheitsentziehung ist erfüllt. Denn die Fortbewegungsmöglichkeit wird mit der eigenen Wohnung auf einen eng umgrenzten Raum reduziert (BVerfG NJW 2004, 3697), die Art des Raumes ist herbei irrelevant<sup>188</sup>. Auch bezüglich der Mittel muss es nicht zu körperlichen Zwang durch beispielsweise Vollstreckungsbeamte kommen – psychischer Zwang, wie er etwa von der Androhung bestimmter Sanktionen ausgeht, ist ausreichend.<sup>189</sup>

Eine Freiheitsentziehung kann nach Art. 104 GG nur durch den gesetzlichen Richter verhängt werden, sodass sich die Frage nach der Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen eigentlich gar nicht erst stellt, sondern sie offensichtlich verfassungswidrig sind. Auch bei Präventivmaßnahmen muss eine richterliche Entscheidung unverzüglich herbeigeführt bzw. nachgeholt werden,<sup>190</sup> was vorliegend nicht geschehen ist.

Selbst wenn man in den Maßnahmen „nur“ eine Freiheitsbeschränkung sieht, sind wegen des hohen Stellenwerts der persönlichen Freiheit Eingriffe nur aus besonders gewichtigen Gründen des Allgemeinwohls zulässig. Im Rahmen der Abwägung ist eine besonders sorgfältige Prüfung unter strenger Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes vorzunehmen. Vor allem präventive Einschränkungen der persönlichen Freiheit unterliegen damit strengen Voraussetzungen. Die Anordnung von präventiven Freiheitsentziehungen oder tiefgreifenden Freiheitsbeschränkungen durch abstrakt-generelle Verordnungen der Exekutive, die keine Berücksichtigung des Einzelfalls vorsehen, ist verfassungsrechtlich in höchstem Maße rechtfertigungsbedürftig.<sup>191</sup> Nachdem wie oben dargelegt die nächtliche Ausgangssperre schon nicht geeignet oder erforderlich ist und auch die Ausgangsbeschränkung ungeeignet ist bzw. mildere Mittel wie das Belassen bei einer Kontaktbeschränkung vorliegen, sind die pauschalen und sehr intensiven Eingriffe in die Freiheit der Person nicht gerechtfertigt. Im Frühling wurde deutlich, dass der Infektionsverlauf in Bundesländern, die „nur“ eine Kontaktbeschränkung hatten, nicht wesentlich von dem in Bundesländern mit Ausgangsbeschränkung abweicht. Vor diesem Hintergrund muss auch berücksichtigt werden, dass für die Wirksamkeit des gesamten staatlichen Infektionsschutzkonzepts (d. h. auch der anderen nicht-freiheitsbeschränkenden

---

<sup>187</sup> Vgl. Schmitt, NJW 2020, 1627.

<sup>188</sup> Vgl. Maunz/Dürig/Mehde, 91. EL April 2020, GG Art. 104 Rn. 64.

<sup>189</sup> Vgl. Dreier/Schulze-Fielitz, 3. Aufl. 2018, GG Art. 104 Rn. 25.

<sup>190</sup> Vgl. Maunz/Dürig/Mehde, 91. EL April 2020, GG Art. 104 Rn. 91 f.

<sup>191</sup> Vgl. Schmitt, NJW 2020, 1626.

Maßnahmen) die öffentliche Akzeptanz ganz entscheidend ist und diese nicht durch sinnlose Grundrechtseingriffe unterlaufen werden darf. Der Verlust des Grundrechts der Freiheit der Person ist Tag für Tag der Freiheitsbeschränkung ein endgültiger Nachteil. Er kann für die verstreichende Zeit nicht wieder ausgeglichen werden. Der damit erzielte Gewinn an Gesundheitsschutz ist nicht nachvollziehbar dargelegt. Absolute Zahlen einer Zunahme von Infektionen mit dem Sars-Cov2- Virus belegen nichts außer der Zunahme selbst. Sie sind – so dramatisch und tragisch Krankheitsverläufe im Einzelfall sind und so furchtbar der Tod eines jeden kranken Menschen ist und, vor allem, so wichtig der Schutz der behandelnden medizinischen und pflegerischen Kräfte ist – aussageleer. Bereits durch die Fülle der „triftigen Gründe“, die eigene Wohnung zu verlassen, ist das Risiko einer Aussetzung der Ausgangsbeschränkung unter erheblichen Maßgaben wie einer transparenten Informationspolitik oder konsequenter Kontrolle der Kontaktbeschränkungen für den Gesundheitsschutz nicht höher als das ihres Fortbestandes. Die Regelung erweist sich auch im Hinblick auf das Gebot der Glaubhaftmachung des triftigen Grundes als unzumutbar. Mit dem Verlassen der eigenen Wohnung setzt sich der Bürger unmittelbar einem „Generalverdacht“ aus und muss jederzeit einen triftigen Grund glaubhaft machen. Ungeachtet der von der Verordnung nicht näher geregelten Frage, welche Mittel der Glaubhaftmachung zulässig, aber auch ausreichend sind, muss der Bürger die Wahrnehmung elementarer Grundrechte jederzeit – vergleichbar einer Umkehr der Beweislast – gegenüber dem Staat rechtfertigen. Eine derartige Regelung ist nicht ohne weiteres zumutbar, denn sie könnte – vergleichbar mit den Vorgängerregelungen – durch eine solche Regelung ersetzt werden, die die aus Gründen des Infektionsschutzes notwendigen Verbote und Beschränkungen positiv normiert und im Übrigen die verfassungsmäßig geschützte Bewegungsfreiheit unangetastet lässt.<sup>192</sup> Die neuen Regelungen der 10. BayIfSMV widersprechen unserem freiheitlichem Verfassungsverständnis, das in der Freiheit der Person ein mindestens genauso hohes Rechtsgut wie in ihrer körperlichen Unversehrtheit sieht, und ihre Billigung würde einen gefährlichen Präzedenzfall schaffen.

Mit freundlichen Grüßen

Gez. Benjamin Stibi

---

<sup>192</sup> Vgl. VerfGH Saarland v. 28.04.2020, Lv 7/20, S. 11 ff.

██████████, 16. Dezember 2020

## **Nachtrag zu 1 BvR 2582/20: BayVGH-Beschluss und 11. BayIfSMV**

Sehr geehrte Damen und Herren,

der 20. Senat des BayVGH hat mit Beschluss vom 14.12.2020 einen Eilantrag bzgl. § 25 S. 1 Nr. 1 der 10. BayIfSMV abgelehnt (vgl. 20 NE 20.2907; abrufbar unter <https://www.vgh.bayern.de/media/bayvgh/presse/20a02907b.pdf>).

Der VGH verkennt zunächst, dass die in Rn. 24 zitierten Normen des IfSG keine ausreichende Rechtsgrundlage für die Verordnung darstellen, da durch die Delegation der Verhältnismäßigkeitsabwägung auf die Regierung der Parlamentsvorbehalt umgangen wird (vgl. meine vorherigen Schreiben). Die Argumentation des VGH in den Rn. 26 ff. zur Einordnung der „nächtlichen Ausgangssperre“ als Ausgangsbeschränkung geht fehl. Denn der Ausnahmekatalog der tagsüber geltenden Ausgangsbeschränkung enthält „triftige Gründe“, die von jeder Person allein durch ihr Mensch-Sein erfüllt werden können wie die Bewegung an der frischen Luft oder das Treffen mit einem weiteren Haushalt, sodass ein Verlassen der Wohnung für alle Menschen gleichermaßen möglich ist. Die Ausnahmen der nächtlichen Ausgangssperre knüpfen hingegen allesamt (auch der Auffangtatbestand, der ja die „Ähnlichkeit“ des gewichtigen und unabweisbaren Grundes fordert) an bestimmte berufliche Funktionen oder Notsituationen an, die nur bestimmten Personen das Verlassen der Wohnung ermöglichen. Für mich als Student ohne Haustiere wird das Verlassen der Wohnung somit durchaus unmöglich gemacht oder unterbunden, somit „gesperrt“ (Rn. 28). Dies entspricht gerade auch dem Sinn und Zweck der Maßnahme (Rn. 30). Dem steht auch nicht der Wortlaut der in Rn. 29 zitierten Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit des Deutschen Bundestags entgegen. Denn das „oder“ kann auch so verstanden werden, dass die Normadressaten sich beim Verlassen der Wohnung entweder auf das Vorliegen einer bestimmten Zeit oder einen bestimmten Zweck *berufen* können (müssen). Der Gesetzgeber ist wohl stillschweigend davon ausgegangen, dass jede Regelung zu einer Ausgangsbeschränkung mindestens einen Zweck enthalten muss, der ein situationsunabhängiges Verlassen der Wohnung ermöglicht, da andernfalls eine vom § 28a IfSG nicht gedeckte Ausgangssperre vorläge. Dafür spricht auch, dass er die Wahrung eines Mindestmaßes an sozialen Kontakten fordert. Entscheidend sollte letztlich auch nicht die Terminologie in einem Gesetzesentwurf sein, sondern die in der Praxis durch die konkrete Ausgestaltung der Maßnahme ausgehende Wirkung.

Der VGH hat sich ferner nicht eigenständig mit dem Ziel der Maßnahme gründlich auseinandergesetzt und offengelassen, ob die Maßnahme Kontakte nach 21 Uhr verhindern soll (was eine Ungleichbehandlung zwischen vor und nach 21 Uhr stattfindenden Treffen zur Folge hätte) oder Menschenansammlungen verhindert oder Kontaktbeschränkungen kontrollierbarer gemacht werden sollen. Dass bei Verordnungserlass absehbar ist, dass die Ausgangsbeschränkung notwendig ist (Rn. 37), setzt auch gerade voraus, dass der Ordnungsgeber erst die Wirksamkeit anderer Maßnahmen abwartet. In einer Spanne von 15 Tagen, die ungefähr den zwei Wochen entspricht, die man nach herrschender wissenschaftlicher Meinung mindestens benötigt, um die Wirksamkeit von Maßnahmen einschätzen zu können, gab es in Bayern drei neue BayIfSMVs. Weiterhin ist der VGH nicht darauf eingegangen, dass das übergeordnete Ziel (Gesamtkonzept) durch die Maßnahme gerade

unterlaufen wird, da es Menschen ermutigt, bei anderen Menschen zu übernachten und im staatlich unkontrollierbaren Raum zu feiern.

Der VGH hat sich auch nicht mit milderer Mitteln auseinandergesetzt wie dem konkreten Verbot von nächtlichen Treffen, was immerhin einen nächtlichen Spaziergang alleine ermöglichen würde.

Zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit führt der VGH aus, dass nach dem Willen des Gesetzgebers ein gestuftes Vorgehen geboten sei, das sich an dem tatsächlichen regionalen Infektionsgeschehen orientieren soll. Die nächtlichen Ausgangssperren für Hotspots in der 10. BayIfSMV entsprechen dem gebotenen – am regionalen Infektionsgeschehen orientierten – abgestuften Vorgehen (Rn. 39). Nachdem diese Maßnahme nun mit der 11. BayIfSMV in ganz Bayern flächendeckend eingeführt wurde, erfolgt kein abgestuftes Vorgehen mehr (vgl. auch Rn. 42 zur Unverhältnismäßigkeit). Sofern der VGH argumentiert, dass die Erwartung des Verordnungsgebers, damit vor allem besonders infektionsgefährdende gesellige Zusammenkünfte zu unterbinden, insbesondere im Hinblick auf den erheblichen Beitrag privater Feiern zum Infektionsgeschehen in den vergangenen Monaten plausibel sei, ignoriert er, dass gerade unter der Woche wohl kaum nächtliche Partys stattfinden werden und das Infektionsgeschehen momentan vor allem von Ausbrüchen in Alten- und Pflegeheimen gesteuert wird.

Die Subsumtion, dass die nächtliche Ausgangssperre keine Freiheitsentziehung darstellt, verkennt die Bedeutung und Tragweite von Art. 104 II GG völlig. Dass die meisten Menschen den betroffenen Zeitraum in den Wintermonaten ohnehin in ihrer Wohnung verbringen würden (Rn. 44), ist kein tragbares Argument. Grundrechte gelten individuell und unabhängig von der privaten Lebensgestaltung der Mehrheit. Diese Zeit umfasst auch immerhin ein Drittel des Tages – und das für knapp einen Monat (Außerkräfttreten: 10.01.21). Das sind  $24 \times 8 \text{ h} + 1 \times 3 \text{ h}$  (10.01.), also insgesamt 195 Stunden. Wie oben aufgeführt, führt der Ausnahmekatalog für den durchschnittlichen Bürger nicht zu einem Mehr an körperlicher Bewegungsfreiheit. Durch die Bußgeldbewehrtheit und die Ankündigung einer strengen Kontrolle durch die Polizei (vgl. <https://www.br.de/nachrichten/bayern/soeder-kuendigt-schaerfere-corona-kontrollen-in-bayern-an,SITWrgd>; <https://www.br.de/nachrichten/bayern/soeder-ausgangssperre-gilt-auch-an-weihnachten,SJ885p5>) werden die betroffenen Personen sehr wohl überwacht. Anders als vom VGH behauptet, muss es eben nicht zu physischem Zwang kommen (vgl. BeckOK GG/Radtke, 45. Ed. 15.11.2020, GG Art. 104 Rn. 3a) – psychischer Zwang, der aufgrund der Androhung bestimmter Sanktionen vorliegt, reicht aus (vgl. Dreier/Schulze-Fielitz, 3. Aufl. 2018, GG Art. 104 Rn. 25; Maunz/Dürig/Mehde, 91. EL April 2020, GG Art. 104 Rn. 67).

Man würde doch auch nicht behaupten, eine Haft sei keine Freiheitsentziehung, weil die Gefangenen ohnehin acht Stunden pro Tag schlafen, nicht vor jeder Tür eine Wache steht und sie somit theoretisch ausbrechen könnten, und sie auch zur Arbeit oder für Hafturlaub die JVA verlassen dürfen.

Ein Mindestbußgeld von 500,-€ bei Verstoß gegen die Ausgangssperre (vgl. <https://www.bayern.de/bericht-aus-der-kabinettsitzung-vom-14-12-2020/?seite=1617>, Punkt 3.15) ist auch völlig unverhältnismäßig. Das ist höher als das Überfahren einer roten Ampel, bei dem eine wesentlich konkretere Gefahr für Leib und Leben vorliegt.

Mit dem heutigen Tag ist die Elfte Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (11. BayIfSMV) in Kraft getreten (2126-1-15-G, BayMBl. 2020 Nr. 737). Mein Eilantrag richtet sich nun also gegen deren §§ 2, 3, 4, 5, 20 III, 23, 25 i. V. m. § 28. Gerügt werden Verletzungen von u. a. Art. 2 I, Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I, Art. 2 II 2, Art. 11, Art. 13 I, Art. 104 GG sowie des Grundrechts auf Kulturausübung und –genuss. Die §§ 2-4 umfassen die Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen, § 5 das Verbot, § 20 III verbietet Musikunterricht in Präsenzform nun flächendeckend, § 23 weiterhin die Öffnung der Kulturstätten und § 25 sieht in „Landkreisen mit einem gegenüber dem Landesdurchschnitt deutlich erhöhten Inzidenzwert“ „weitergehende Regelungen“ vor. Gegen das Verbot von Präsenzveranstaltungen an Hochschulen richte ich mich (zumindest im Eilantrag) nicht mehr, da die Ungleichbehandlung mit den Schulen durch deren vollständige Schließung nun aufgehoben wurde.

Zur Begründung wird im Wesentlichen auf meine vorherigen Schreiben verwiesen. Ergänzend:

- Nachdem nun flächendeckend alle Bayern von der nächtlichen Ausgangssperre betroffen sind, liegen die Voraussetzungen des § 90 II 2 BVerfGG vor. Noch nie waren so viele Menschen von so intensiven Grundrechtseinschränkungen betroffen – nicht mal bei den in 1 BvR 755/20 gerügten Ausgangsbeschränkungen, da man damals nachts wenigstens noch alleine das Haus verlassen durfte. Alle von mir gerügten Maßnahmen sind innerhalb des letzten Monats vom BayVGH im Eilverfahren geprüft worden; die jeweiligen Entscheidungen habe ich dem Bundesverfassungsgericht benannt. Dass sie dabei nominal bspw. der 9. und nicht der 11. BayIfSMV angehörten, darf aufgrund des engen zeitlichen und inhaltlichen Zusammenhangs keine Rolle spielen. Es ist offensichtlich, dass eine erneute fachgerichtliche Klärung aussichtslos wäre. Andernfalls würde mein Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz leerlaufen. Selbst die Regierung verweist in ihrer Begründung zur 11. BayIfSMV inzwischen auf die Begründungen sowie Gerichtsentscheidungen zu den Vorgängerregelungen.
- Sowohl Verordnung als auch Begründung wurden wieder erst gestern gegen 23:30 Uhr veröffentlicht (vgl. Screenshots im Anhang) trotz mehrtägiger Vorbereitungszeit. Wenn man sich jedes Mal die Zeit nimmt, den Bayerischen Landtag symbolisch abstimmen zu lassen, könnte man auch gleich im Sinne des Parlamentsvorbehalts ihm die rechtsverbindliche Entscheidung zugestehen. Eine Verlagerung der Kompetenz auf die Exekutive kann somit nicht mehr mit angeblicher Eilbedürftigkeit begründet werden.
- Dem Inzidenzwert von 50 darf aus wissenschaftlicher Sicht keine absolute Bedeutung zugemessen werden, sondern der Schwellenwert muss regional unter Berücksichtigung der vorliegenden Kapazitäten des Gesundheitssystems ermittelt werden.
- Bezüglich der Bestimmtheit: Wieso gibt es den § 2 S. 1 Nr. 6 als lex specialis zu Nr. 5? Beide beziehen sich auf § 4, sodass die Gesamtpersonenzahl nicht voneinander abweicht. Die Normklarheit wird dadurch in Frage gestellt. Auch die Bestimmtheitsprobleme bzgl. der „triftigen“ bzw. „ähnlich gewichtigen und unabweisbaren Gründe“ (§§ 2, 3) sowie des „Unterrichts an Musikschulen“ (§ 20) bestehen fort.
- Die Begründung zur 11. BayIfSMV (BayMBl. 2020 Nr. 738) enthält wie ihre Vorgängerbegründung keine hinreichende inhaltliche Erklärung zu Ziel und

Geeignetheit der nächtlichen Ausgangssperre sowie zur Wirkungslosigkeit der anderen Maßnahmen. Es mutet auch seltsam an, dass die Regierung bzgl. inhaltlicher Punkte ihrer Begründung auf die Entscheidung des VGH verweist, der die Verordnung wiederum erst inhaltlich auslegen musste.

- Die Regierung verkennt immer noch, dass nicht Kontakte per se, sondern Kontakte unter Missachtung der Hygienevorschriften für das Infektionsgeschehen entscheidend sind. Die Begründung zum Verbot des Musikunterrichts geht fehl: Wenn man zu zweit in einem großen Klassenzimmer (evtl. sogar noch mit Maske) mit paar Metern Abstand ein Streichinstrument spielt, kommt es nicht zu einer wesentlichen Aerosolübertragung und somit nicht zu einer Ansteckung!
- Das Verbot des Unterrichts an „Musikschulen“ läuft auch aus Infektionsschutzsicht insoweit fehl, dass die Musiklehrkräfte dann einfach unter Beachtung der allgemeinen Kontaktbeschränkung im privaten Setting Unterricht geben. Dort kann der Mindestabstand aber erfahrungsgemäß wesentlich schlechter als an den geräumigen Schulen eingehalten werden.
- Dass die zuständigen Kreisverwaltungsbehörden nach § 25 weitergehende (lies: noch grundrechtsintensivere) Anordnungen treffen *müssen*, ist besorgniserregend. Im Vergleich zur 10. BayIfSMV wurde zwar der Schwellenwert von 200 entfernt – dadurch wird die Norm jedoch noch unbestimmter. Ab wann ist der Inzidenzwert gegenüber dem Landesdurchschnitt deutlich erhöht? In meinem Landkreis [REDACTED] liegt er momentan bei [REDACTED]; bayernweit hingegen bei 209,54 (vgl. [https://www.lgl.bayern.de/gesundheit/infektionsschutz/infektionskrankheiten\\_a\\_z/coronavirus/karte\\_coronavirus/](https://www.lgl.bayern.de/gesundheit/infektionsschutz/infektionskrankheiten_a_z/coronavirus/karte_coronavirus/)). Im Zweifel bin ich somit von § 25 betroffen.
- Der Bußgeldkatalog wurde meines Wissens nach immer noch nicht aktualisiert.

Ich richte mich im Eilverfahren auch immer noch gegen das Unterlassen des Bundesverfassungsgerichts in der Hauptsache von 1 BvR 755/20 (vgl. Schriftsatz vom 15.11.2020). Nachdem inzwischen wieder ein Monat seitdem vergangen ist, würde ich mich über eine baldige Sachstands Auskunft oder gar Entscheidung freuen.

Es tut mir Leid, dass das Bundesverfassungsgericht so viele Nachträge von mir erhält. Ich bemühe mich stets um Übersichtlichkeit. Mich trifft aber keine Schuld hinsichtlich dessen, dass die bayerische Staatsregierung sich alle paar Tage neue Maßnahmen und Verordnungen ausdenkt, die meine Grundrechte immer intensiver einschränken.

Eine zeitnahe Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts mit einer verfassungsgemäßen Übergangsregelung im Rahmen des § 32 I BVerfGG wäre somit für alle Parteien von Vorteil.

Mit freundlichen Grüßen

Gez. Benjamin Stibi

Anhang: Screenshots der BayMBl.-Seite vom 15.12., 23:20 und 23:31 Uhr

Ministerialblatt > Veröffentlichungen im BayMBl.

## Veröffentlichungen im BayMBl.

Ressorts:  Publikationstypen:

Einstellungen merken ⓘ

1.288 Treffer gefunden 1-15 16-30 31-45 > >>

| Fundstelle                   | Verkündung | Titel   | GI-Nr.   | Erlass     | Ressort                                       |
|------------------------------|------------|---|----------|------------|---|
| <a href="#">2020 Nr. 736</a> | 11.12.2020 | Pilotprogramm „Demografiefeste Kommune“   | 7072.1-F | 01.12.2020 | Staatsministerium der Finanzen und für Heimat |
| <a href="#">2020 Nr. 735</a> | 10.12.2020 | Begründung der Verordnung zur Änderung der Zehnten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (10. BayIfSMV) |          | 10.12.2020 | Staatsministerium für Gesundheit und Pflege   |
| <a href="#">2020 Nr. 734</a> | 10.12.2020 | Verordnung zur Änderung der Zehnten Bayerischen   |          | 10.12.2020 | Staatsministerium                             |

1.291 Treffer gefunden 1-15 16-30 31-45 > >>

| Fundstelle                   | Verkündung | Titel   | GI-Nr.   | Erlass     | Ressort                                       |
|------------------------------|------------|---|----------|------------|---|
| <a href="#">2020 Nr. 739</a> | 15.12.2020 | Vollzug des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) – Corona-Pandemie: Maßnahmen betreffend Werk- und Förderstätten für Menschen mit Behinderung, Frühförderstellen sowie Berufsbildungs- und Berufsförderungswerke |          | 15.12.2020 | Staatsministerium für Gesundheit und Pflege   |
| <a href="#">2020 Nr. 738</a> | 15.12.2020 | Begründung der Elften Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (11. BayIfSMV)  |          | 15.12.2020 | Staatsministerium für Gesundheit und Pflege   |
| <a href="#">2020 Nr. 737</a> | 15.12.2020 | Elfte Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (11. BayIfSMV)   |          | 15.12.2020 | Staatsministerium für Gesundheit und Pflege   |
| <a href="#">2020 Nr. 736</a> | 11.12.2020 | Pilotprogramm „Demografiefeste Kommune“   | 7072.1-F | 01.12.2020 | Staatsministerium der Finanzen und für Heimat |

██████████, 23. Dezember 2020

## Nachtrag zu 1 BvR 2582/20: Entscheidung des BayVerfGH

Sehr geehrte Damen und Herren,

der Bayerische Verfassungsgerichtshof hat mit Entscheidung vom 17.12.2020 die Außervollzugsetzung der nächtlichen Ausgangssperre der 11. BayIfSMV abgelehnt (Vf. 110-VII-20).

Er geht in Rn. 14 irrig davon aus, dass in der Ausgangssperre eine „Ausgangsbeschränkung“ im öffentlichen Raum im Sinn des § 28 a I Nr. 3 IfSG vorliegt.

Zu dieser Thematik führt Felix Schmitt aus (von mir getätigte **Hervorhebungen**):

„Die sprachliche Differenzierung zwischen „Ausgangsbeschränkung“ und „Ausgangssperre“ darf dabei als politisch motiviert abgetan werden – rechtlich gesehen handelt es sich jeweils um präventive Ausgangsverbote mit mehr oder weniger weiten Erlaubnisvorbehalten. In Bayern weicht das nächtliche Ausgangsverbot konstruktiv von den bisherigen präventiven Verboten ab und dürfte ein **repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt** darstellen. [...]

Präventive Ausgangsverbote mit Erlaubnisvorbehalt stellen derart tiefe Eingriffe in die persönliche Freiheit (Art. 2 Abs. 2 GG) dar, dass eine Regelung keinen Bestand haben kann, die das Verlassen der eigenen Wohnung merklich einschränken würde. Mit dem VfGH München ist deshalb zu verlangen, dass *jeder* sachliche Grund einen triftigen darstellt. Indem die untertägigen Ausgangsverbote den Ausgang nicht regulieren, sind sie dann zur Kontaktreduzierung, damit zur Eindämmung des Virus und schließlich zum Schutz von Gesundheit und Gesundheitssystem **ungeeignet**. Soweit im Katalog der triftigen Gründe die Anzahl der Personen reguliert wird, die anlässlich des Ausgangs besucht werden dürfen, erreichen sie die Wirkung einer rechtskonstruktiv ungeschickten Kontaktbeschränkung. [...]

Von den Vollzugsbehörden scheinen die Ausgangsverbote indes durchaus überschießend ausgelegt zu werden. [...] Die Unbestimmtheit der triftigen Gründe darf keinesfalls dazu führen, dass den Ordnungsbehörden die Entscheidung überlassen bleibt, inwieweit sanktionsbewehrte Grundrechtseingriffe erfolgen dürfen. Insbesondere im Hinblick auf die untertägigen Ausgangsverbote sind außerdem zumindest kommunikativ shifting baselines zu beklagen. Sie erklären das Verlassen der eigenen Wohnung zum begründungsbedürftigen Ausnahmefall und **verschieben damit die Rechtfertigungslast zwischen Staat und Bürger im gesamten öffentlichen Leben**. Den Berliner Verfassungsrichter\*innen Seegmüller und Schönrock ist zuzustimmen, wenn Sie dieses grundlegende Verhältnis von Freiheit und Eingriff zum Bestandteil des Kernbereichs der allgemeinen Handlungsfreiheit erklären.“

(vgl. Schmitt, Felix: *Wen soll das schützen?: Die landesweiten Ausgangsverbote sind verfassungswidrig*, *VerfBlog*, 2020/12/18, <https://verfassungsblog.de/wen-soll-das-schutzen/>, DOI: [10.17176/20201218-172805-0](https://doi.org/10.17176/20201218-172805-0).)

In dem von Schmitt zitierten Sondervotum erklären Seegmüller und Schönrock:

„Zum Kernbereich aller Freiheitsgrundrechte gehört das grundgesetzlich vorgegebene Verhältnis von Freiheit und staatlicher Einschränkung. Der Einzelne muss die Ausübung oder Nichtausübung seiner Freiheitsrechte nicht begründen. **Die Motive seines Handelns sind staatlicher Bewertung entzogen.** [...] Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt die engere persönliche Lebenssphäre. Dazu zählt die Privat- und Intimsphäre, in die er sich frei von jeder staatlichen Kontrolle und sonstiger Beeinträchtigung zurückziehen und mit den Mitgliedern seines engsten Familienkreises oder anderen Vertrauenspersonen ungestört kommunizieren kann (BVerfG, Urteil vom 8. Juli 1997 - 1 BvR 2111/94 - BVerfGE 96, 171 ). In diesem Bereich muss der Einzelne unbeobachtet sich selbst überlassen sein und muss mit besonderen Vertrauenspersonen ohne Rücksicht auf gesellschaftliche Verhaltenserwartungen und **ohne Furcht vor staatlichen Repressalien** frei verkehren können (BVerfG, Urteil vom 8. Juli 1997 - 1 BvR 2111/94 - BVerfGE 96, 171 ). Eingriffe in diesen Kernbereich der privaten Lebensgestaltung – die Intimsphäre – sind stets unzulässig (BVerfG, Urteil vom 8. Juli 1996 - 1 BvR 2111/94). Das gilt auch, soweit die Betätigung des Einzelnen in dem absoluten Kernbereich privater Lebensgestaltung zu Infektionsrisiken führt. Diese sind von Verfassungen wegen hinzunehmen.“

Vorschriften, die mir die Kontaktpflege zu Vertrauenspersonen untersagen, oder mich verpflichten, hierüber Aufzeichnungen zu fertigen und diese vorzuhalten, wie die §§ 2-4 der 11. BayIfSMV, verletzen mich daher in meinem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht. Zudem bin ich bei jeder Freiheitsbetätigung dem Risiko ausgesetzt, dass die von mir für beachtlich gehaltenen Gründe nicht anerkannt werden und ich einer Sanktionierung ausgesetzt werde.

(vgl. VerfGH Berlin v. 14.04.2020, 50 A/20, S. 6 ff.)

Schmitt fährt fort:

„Es wird den damit verbundenen verfassungsrechtlichen Implikationen nicht gerecht, wenn landesweite Ausgangsverbote inklusive der aus dem Frühjahr bekannten Probleme hinsichtlich Vollzug und Bestimmtheit jetzt als gängiges Verwaltungshandeln hingenommen werden. Wenn die *Ausgangsbeschränkungen* nun als mildere Mittel im Vergleich zu den nächtlichen Ausgangssperren erscheinen, darf außerdem nicht der Fehler gemacht werden, die im März und April geregelten und vollzogenen Ausgangsverbote im Nachhinein zu relativieren. Die Exekutive hatte sie ähnlich wie nun die nächtlichen Ausgangsverbote kommuniziert als *generelles* Verbot, den öffentlichen Raum zu betreten, was im Einzelfall die Fortbewegungsfreiheit des Einzelnen in jede Richtung hin aufgehoben hat. Aufgrund der außerordentlichen Dauer und des strengen Vollzuges wird man sie in *geeigneten Einzelfällen* als Freiheitsentziehung einordnen können. *Christoph Möllers* bezeichnete sie zu Recht als den massivsten kollektiven Grundrechtseingriff in der Geschichte der Bundesrepublik. [...]

Die Erlaubnisvorbehalte sind deutlich drastischer und enger formuliert. Die Ordnungsgeber nehmen damit Bezug auf die vom VGH München geforderte verfassungsgemäße Auslegung und **stellen klar, dass des Nachts ausdrücklich nicht jeder sachliche Grund zum Ausgang genügen soll.** Einige Gründe, die bei Tag als triftiger Grund genannt werden, tauchen im nächtlichen Katalog nicht auf. Durch Auslegung ergibt sich, dass die Ordnungsgeber in diesen Fällen regelmäßig keinen „sonstigen gewichtigen und unabweisbaren Grund“ vermuten, der auch bei Nacht das Verlassen der Wohnung gestatten

würde. Die Teilnahme an Versammlungen wird in Bayern etwa unterm Tag in § 2 Satz 2 Nr. 13 11. BayIfSMV als triftiger Grund genannt, nicht aber im Katalog der nächtlichen Ausgangssperre. Nach systematischer Auslegung herrscht demnach in Bayern ab 21 Uhr ein generelles Versammlungsverbot. Die Unvereinbarkeit mit Art. 8 Abs. 1 GG liegt auf der Hand. Im Rückschluss zu § 2 Satz 2 Nr. 5, 6 11. BayIfSMV ist in Bayern nachts außerdem der Ausgang zum Besuch anderer Haushalte, sowie zum Besuch bei Ehegatten und Lebenspartner\*innen untersagt. [...]

Die Verfassungswidrigkeit ist insoweit bereits auf Eingriffsseite offensichtlich. Die Intimsphäre als engster, von der Menschenwürde garantierter Kern des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist frei von jeglicher staatlichen Kontrolle und darf durch einen Eingriff gar nicht erst berührt werden. Oder um es plakativ zu machen: Wo, bei und in letzter Konsequenz mit wem ich schlafe, geht den Staat nichts an. [...]

Neben den Eingriffen in die Allgemeine Handlungsfreiheit, das Allgemeine Persönlichkeitsrecht und Art. 6 Abs. 1 GG bewirken die nächtlichen „Ausgangssperren“ vor allem eine Einschränkung der persönlichen Freiheit nach Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG. Wer sich ordnungsgemäß verhält, hat die eigene Wohnung in dem Geltungszeitraum (und grundsätzlich auch tagsüber) nicht zu verlassen. Bei einem kinderlosen Adressaten ohne Haustiere oder sterbende Angehörige wird durch die nächtliche Ausgangssperre **die persönliche Fortbewegungsfreiheit nach jeder Richtung hin durch den psychischen Zwang aufgehoben, den die Furcht vor Strafverfolgung auslöst**. Im Gegensatz zu sämtlichen bislang auf Landesebene geltenden Ausgangsverboten wird nicht einmal die Bewegung an der frischen Luft als triftiger Grund genannt. “

Dieser Argumentation von Schmitt schließe ich mich an. Ich widerspreche aber dem Punkt, dass die nächtliche Ausgangssperre aufgrund ihrer „vergleichsweise kurzen Dauer“ und der Unterbrechung durch die untertägige Ausgangsbeschränkung nur als „Freiheitsbeschränkung“ einzuordnen sei. Denn Schmitt hat oben nachvollziehbar subsumiert, dass die Voraussetzungen einer Freiheitsentziehung vorliegen, insbesondere die Aufhebung der persönlichen Fortbewegungsfreiheit nach jede Richtung hin. Wie in meinem letzten Schriftsatz erklärt, werte ich die Dauer auch nicht als unerheblich, insbesondere durch die Kombination mit den untertägigen Freiheitsbeschränkungen.

Auch nach Eibenstein läge eine Freiheitsentziehung vor:

„Dieser Befund [Anm. von mir: dass es sich bei § 28 IfSG weiterhin um eine Generalklausel handelt, die eine nähere Ausformung von Voraussetzungen und Ausmaß der Freiheitsbeschränkung gänzlich unbeantwortet lässt] verschärft sich in der Sache noch weiter, wenn sich der Blick auf § 28a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 IfSG richtet, wonach die Anordnung einer mitunter besonders weitgehenden Ausgangsbeschränkung zulässig sein soll. Nicht nur begegnet schon die Geeignetheit einer solchen Maßnahme erheblichen Bedenken, solange keine fachwissenschaftlichen Überzeugungen dafür existieren, dass es allein durch einen aushäusigen Aufenthalt – trotz strikter Einhaltung eines Mindestabstands – zu Übertragungen des SARS-CoV-2-Virus in relevantem Maße kommen wird. Auch besitzen Freiheitsbeschränkungen das grundsätzliche Potential, je nach Intensität immer stärker in die Richtung einer Freiheitsentziehung zu wanden. Letztere ist immer dann anzunehmen, wenn die tatsächlich und rechtlich an sich gegebene Bewegungsfreiheit nach jeder Richtung hin

aufgehoben wird, **wobei auch psychische Hindernisse (z. B. Angst vor Sanktionen, grundsätzlich angedroht als Ordnungswidrigkeit in § 73 Abs. 1 a Nr. 11 a IfSG, unter Umständen sogar als Straftat, vgl. § 74 IfSG) ausreichen.** Würde das Verlassen der eigenen Wohnung **für einen bestimmten Zeitraum gänzlich untersagt** werden, läge insoweit eine den **Intensitätsgrad der Freiheitsentziehung** erreichende Freiheitsbeschränkung nahe.“

(vgl. Eibenstein, Die (vertane) Chance des § 28a IfSG, COVuR 2020, 859)

Als kinderloser Adressat ohne Haustiere wird mir das Verlassen der Wohnung nachts gänzlich untersagt.

Der Annahme einer Freiheitsentziehung mit erforderlichem Richtervorbehalt steht auch nicht entgegen, dass es sich bei der Ausgangssperre um keine Strafverfolgungsmaßnahme handelt. Denn das Bundesverfassungsgericht hat zur Entstehung des Art. 104 II GG ausgeführt:

„Inhaltlich ging schon der Herrenchiemsee-Entwurf mit der Gewährleistung des Freiheitsschutzes über die entsprechende Bestimmung in Artikel 114 der Weimarer Reichsverfassung grundsätzlich hinaus, indem er für jeden "von der öffentlichen Gewalt Festgenommenen" das Recht vorsah, spätestens am Tage nach der Festnahme auf Verlangen dem zuständigen Richter vorgeführt zu werden, während die Weimarer Reichsverfassung eine richterliche Kontrolle nicht erwähnte. Als der Entwurf der Freiheitsgewährleistungen in den Protokollen des Parlamentarischen Rates auftaucht - zunächst als Artikel 3 -, hat er bereits in einem Unterausschuß eine weitere entscheidende Änderung erfahren. Neben der Übernahme richterlicher Kontrolle aus dem Herrenchiemsee-Entwurf erscheint der Begriff der "öffentlichen Gewalt" oder ein sinngleicher Begriff nicht mehr. Danach heißt es jetzt, daß jede Beschränkung der persönlichen Freiheit schlechthin von einer formellen Gesetzesgrundlage abhängig und jede nicht auf richterlicher Anordnung beruhende Freiheitsentziehung richterlicher Kontrolle unterworfen sei. Protokolle des Unterausschusses sind nicht vorhanden. Ein Hinweis auf die mit dieser Streichung verfolgte Absicht könnte einer Äußerung des Abgeordneten Zinn, der Mitglied des Unterausschusses war (Grundsatzausschuß 4. Sitzung vom 23. September 1948, Stenoprot. S. 1, 27 und 31), entnommen werden; er begründete den Vorschlag zu dem damaligen Artikel 3 - jetzt Artikel 104 - mit der Notwendigkeit, über die Weimarer Reichsverfassung hinauszugehen, und betonte, daß es künftig "keinerlei Freiheitsentziehungen auf die Dauer ohne Tätigwerden eines Richters" geben solle. Bei der Diskussion des Vorschlages des Unterausschusses im Ausschuß für Verfassungsgerichtshof und Rechtspflege wendeten sich einige Abgeordnete mit großer Beharrlichkeit gegen die Ausdehnung der richterlichen Kontrolle über die "kriminellen Fälle" hinaus auch auf Freiheitsentziehungen aus fürsorgerischen Gründen (Rechtspflegeausschuß 7. und 8. Sitzung vom 6. und 7. Dezember 1948 [7. Sitzung S. 164, 167; 8. Sitzung S. 49, 56 bis 59]). Sie fanden jedoch für ihre Ansicht nicht die Zustimmung der Mehrheit. Diese schloß sich der Meinung an, die Entscheidung über Freiheitsentziehung solle **auch in allen Fällen mit fürsorgerischem Charakter** dem Richter vorbehalten bleiben. Als konkrete Beispiele wurden in der Diskussion allerdings nur Freiheitsentziehungen unmittelbar durch die öffentliche Gewalt angeführt, Anordnungen des Vormundes nicht erwähnt. Im Verlaufe der 8. Sitzung wurde in diesem

Zusammenhang auch eine Umstellung der einzelnen Sätze in Aussicht genommen, jedoch nicht verwirklicht (vgl. 8. Sitzung, Stenoprot. S. 53, 56, 60). Im Anschluß an die Diskussion in der 7. und 8. Sitzung des Rechtspflegeausschusses erhielten die Absätze 2 und 4 des heutigen Artikels 104 - damals Artikel 136 -im wesentlichen bereits ihre endgültige Fassung (vgl. neben den zitierten Protokollen der 7. und 8. Sitzung des Rechtspflegeausschusses die zusammenfassende Darstellung in JöR NF I S. 745 bis 748).

Der weite, auch fürsorgerische Maßnahmen umfassende Wortlaut ist also ebenso wie die Reihenfolge der Sätze bewußt gewählt worden. Jedoch erlaubt die Entstehungsgeschichte keinen sicheren Schluß darauf, was die Mitglieder der maßgebenden Ausschüsse sich unter Maßnahmen fürsorgerischen Charakters vorgestellt haben. Für die Annahme, daß sie nur an unmittelbare Maßnahmen der öffentlichen Gewalt gedacht haben, spricht die Art der in der Diskussion verwendeten Beispiele; gegen diese Annahme lassen sich die zitierte Äußerung des Abgeordneten Zinn und die auffällige Textänderung im Unterausschuß - das Eliminieren des Begriffes der öffentlichen Gewalt - anführen, die mit redaktionellen Gründen kaum erklärt werden kann.

Gewiß war der Parlamentarische Rat von dem Grundgefühl leidenschaftlicher Abkehr vom Nationalsozialismus erfüllt; doch darf die verfassungsrechtliche Ausgestaltung der Freiheitsgarantie im einzelnen nicht aus dieser Haltung gedeutet und daraus gefolgert werden, daß die richterliche Kontrolle nur gegen Mißbräuche der Exekutive gemeint sein könne. Den Abgeordneten im Parlamentarischen Rat ging es nicht nur darum, etwas gegen den Nationalsozialismus zu "pointieren" (vgl. etwa die Abgeordneten Dr. Heuss und Dr. Schmid, Grundsatzausschuß 4. Sitzung, Stenoprot. S. 10).“

(vgl. BVerfGE 10, 318 ff.)

Die nächtliche Ausgangssperre als unmittelbare Maßnahme der öffentlichen Gewalt mit fürsorgerischem Charakter (Infektionsschutz) ist somit eine von Art. 104 II GG erfasste Freiheitsentziehung, für die eine richterliche Entscheidung erforderlich wäre.

Zur Verhältnismäßigkeit der Ausgangsverbote stellt Schmitt fest:

„Das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit wird nicht nur durch das Verbot nächtlicher Jogging-Runden belastet. Nächtliche Ausgangssperren werden vorrangig in kriegerischen Auseinandersetzungen angewandt und Lindner rügt zurecht, dass der neuerliche Lockdown politisch vor allem in Bayern mittels Einschüchterung (er spricht von „Horrorszenarien“) kommuniziert wird. Gerade die nächtlichen Verbote und ihre Inszenierungen sind daher in erheblichem Maße geeignet, die psychische Gesundheit negativ zu beeinträchtigen. Eine Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG durch die kaum folgerichtigen Ausnahmekataloge liegt zusätzlich nahe.

Anders als dies in der Rechtsprechung bislang häufig angenommen wurde, wird der Eingriff auch nicht dadurch wesentlich entschärft, dass die jeweiligen Landesverordnungen auf vier Wochen befristet sind. Anhaltende Eingriffe in die Grundrechte haben mit dem Zeitablauf eine irreversible Komponente, weshalb regelmäßig gefordert wird, dass mit anhaltender Dauer umso genauer zwischen den betroffenen Rechten abgewogen werden muss. Bei langfristigen, zusammenhängenden Eingriffen ist daher eine Gesamtbetrachtung der miteinander im Zusammenhang stehenden Maßnahmen erforderlich. Im nunmehr

zehnten Monat, in dem die Exekutive zur Pandemiebekämpfung praktisch jeden Lebensbereich detailliert reguliert, folgt aus der langen Dauer nicht nur ein formeller Begründungsaufwand für den Staat, **sondern die betroffenen Rechte sind auch materiell umso stärker belastet**. Eine immer genauere Differenzierung zwischen Art des Eingriffs und Adressat der Maßnahme, wie sie nach klassischer verfassungsrechtlicher Kategorisierung gefordert wird, ist nicht zu erkennen, wenn die nächtlichen Ausgangsverbote noch strenger als im Frühjahr pauschal auf Millionen von Normadressaten Anwendung finden. [...]

Dem massiven kollektiven Grundrechtseingriff steht ein **nur theoretisch konstruierter Schutz** entgegen.

Die nächtlichen Ausgangsverbote verbieten den Aufenthalt im öffentlichen Raum. Die Schutzwirkung für Gesundheit und Gesundheitssystem ist damit ohnehin nur über eine hypothetische Kausalität gegeben, indem Begegnungen untersagt werden, bei denen möglicherweise ein Infizierter anwesend ist, der möglicherweise den Virus weitergibt, wodurch möglicherweise die Krankheit später bei einer Person auftritt, die dann möglicherweise behandelt werden muss. Die Zahl der durch das Verbot tatsächlich unterbundenen Begegnungen im öffentlichen Raum dürfte im späten Dezember, nachts um drei gegen Null gehen – gerade in der Oberlausitz, im Bayerischen Wald oder auf der Schwäbischen Alb.

Die Ausgangssperre soll deshalb nach Willen der Verordnungsgeber vor allem dazu dienen, den abendlichen Besuch in fremden Hausständen unattraktiv zu machen, indem der Rückweg untersagt und ggf. sanktioniert wird. Wer einen anderen Hausstand besucht, muss um 21 Uhr zuhause sein oder dort übernachten. Da durch eine Übernachtung der Kontakt verlängert wird, dürfte schon fraglich sein, ob diese Wirkung zur Förderung des Infektionsschutzes überhaupt geeignet ist. Jedenfalls wird der Weg nachhause (Art. 14 Abs. 1 GG!) stets in verfassungskonformer Auslegung nach Art. 14 Abs. 1 GG einen triftigen Grund darstellen, den öffentlichen Raum zu durchqueren.

Es ist auch nicht nachvollziehbar, warum – anders als seit Inkrafttreten des (durchaus kritisch zu sehenden) § 28a IfSG etabliert – die Ausgangsverbote **landesweit ohne Rücksicht auf regional durchaus unterschiedliche Inzidenzwerte** angeordnet werden. Die Reform des Infektionsschutzgesetzes hatte zwar nur einen geringen Gewinn an Klarheit der wesentlichen Eingriffsvoraussetzungen gebracht. Deutlich wird in § 28a Abs. 2 und 3 IfSG aber gerade, dass einzig ein subsidiäres Vorgehen auf regionaler Ebene den tiefgreifenden Eingriffen in Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG gerecht wird.“

In einem Kommentar zu seinem Artikel auf dem Verfassungsblog ergänzt er zutreffend:

*Felix Schmitt, Fri 18 Dec 2020 at 13:19*

---

Ein wichtiger Gedanke, der im Beitrag leider keinen Platz mehr hatte:

In Baden-Württemberg und in Bayern verbietet das nächtliche Verbot momentan nicht mehr das Verlassen der eigenen Wohnung, sondern umgekehrt das Betreten des öffentlichen Raums. Dies macht auch in der Sache einen Unterschied: Das nächtliche Ausgangsverbot soll ja gerade die Rückkehr vom Besuch in fremden Haushalten untersagen.

§ 28a Abs. 1 Nr. 3 IfSG regelt recht dürftig "Ausgangsbeschränkungen". Der Gesetzgeber hatte dabei vor allem diejenigen Verbote im Blick, die bereits im Frühjahr Anwendung gefunden hatten, also Verbote, die eigene Unterkunft zu verlassen. Aufgrund der Eingriffsintensität und der zentralen Rolle des Parlaments bei der Bestimmung der wesentlichen Rahmenbedingungen von Grundrechtseingriffen, wird man meiner Meinung nach begründet daran zweifeln können, ob die Verbote, den öffentlichen Raum zu betreten, von § 28a Abs. 1 Nr. 3 IfSG überhaupt erfasst sind. Verneint man dies, ist ein Rückgriff auf die Generalklausel jedenfalls versperrt.

Reply

Das bayerische Betretungsverbot des öffentlichen Raumes wirkt strukturell anders als die bislang genutzten Verbote, die Unterkunft zu verlassen und greift daher auch intensiver in die betroffenen Grundrechte ein. Es handelt sich um ein rechtliches aliud, das nicht unter § 28a I Nr. 3 IfSG fällt. Ein Rückgriff auf die Generalklausel des § 28 IfSG versperrt sich nicht nur aufgrund der Wesentlichkeitstheorie, sondern auch, da es sich bei dem Ausgangsverbot nicht um eine i. S. d. § 28 I IfSG notwendige ortsbezogene Schutzmaßnahme, sondern ein generelles und örtlich unbeschränktes Verhaltensverbot handelt (vgl. OVG Lüneburg v. 18.12.2020, 13 MN 568/20 Rn. 37).

Dass der BayVerfGH in Rn. 18 den Schutzbereich des Grundrechts auf Freiheit der Person nicht eröffnet sieht, widerspricht der absolut herrschenden Meinung (vgl. z. B. NVwZ 2020, 1789; v. Münch/Kunig/Kunig/Kämmerer, 7. Aufl. 2021, GG Art. 2 Rn. 132 Ausgangsbeschränkungen „unzweifelhaft“ Eingriff in Freiheit der Person; <https://verfassungsblog.de/freiheitsrechte-ade/>). Die Bußgeld- und Strafbewehrtheit sowie verstärkte Polizeikontrollen bewirken gerade, dass (wie in BayVerfGH, 59-VII-20 Rn. 43 gefordert) die psychische Zwangswirkung in Ausmaß und Wirkungsweise mit einem unmittelbaren physischen Zwang vergleichbar ist.

Ein Eingriff in das Recht auf Freizügigkeit wird beispielsweise auch von Greve in Infektionsschutzrecht in der Pandemielage – Der neue § 28 a IfSG, NVwZ 2020, 1789 f. bejaht.

Man sollte auch berücksichtigen, dass die aktuell verstärkte Eingriffsintensität auf Versäumnisse der Politik im Sommer zurückzuführen ist. Die Verhältnismäßigkeit darf nicht damit bejaht werden, dass deshalb nun strengere Maßnahmen nötig seien. Denn dies führt zu einem Untätigkeitsparadoxon: Je weniger man aktiv präventiv schützt, desto mehr Spielraum hat man für repressivere Maßnahmen.

Auch das Selbstbestimmungsrecht muss verstärkt in die Verhältnismäßigkeitsprüfung einbezogen werden:

„Das allgemeine Persönlichkeitsrecht gewährleistet das Recht eines Menschen, über den durch Art. 1 Abs. 1 GG als unantastbar geschützten Bereich elementarer Selbstbestimmung hinaus, umfassend den gesamten persönlichen Lebensbereich in individueller Selbstbestimmung ohne staatliche Überprüfung oder Bewertung frei zu gestalten. So wird beispielsweise die Freiheit über die Einwilligung in die postmortale Organspende höher gewertet, als der Lebensschutz von Menschen, die auf ein Spenderorgan warten und in Ermangelung eines solchen hieran sterben. Zwar besteht aus ethischen Gründen eine prinzipielle Verpflichtung, bedürftigen Menschen Hilfe zu leisten. Gleichwohl gibt das allgemeine Persönlichkeitsrecht dem Einzelnen das Recht, grundsätzlich über alle – auch postmortale – Angelegenheiten selbst zu entscheiden (vgl. Spilker, ZRP 2014, 112). Diese – freilich nicht unumstrittene – Entscheidung verdeutlicht, dass das Interesse derjenigen, die in ihrem Selbstbestimmungsrecht betroffen sind, im Vergleich zu dem Interesse derjenigen, deren Leben und Gesundheit gefährdet ist, durchaus Vorrang genießen kann.“

(vgl. Yannik Hofmann, Wider die Freiheit, JuWissBlog Nr. 144/2020 v. 18.12.2020, <https://www.juwiss.de/144-2020/>)

Außerdem geht der Großteil der aktuellen Fälle auf Ausbrüche in Altenheimen zurück (vgl. RKI, COVID-19-Lagebericht vom 22.12.2020, S. 11; <https://www.br.de/nachrichten/deutschland-welt/chefarzt-bis-zu-zwei-drittel-aller-corona-toten-in-heimen,SIIWiMa>). Im Freizeit- und Kulturbereich finden dagegen kaum Ansteckungen statt. Zwei weltweite Studien zeigen auch, dass Ausgangsverbote keine entscheidende Wirkung bei der Eindämmung des Infektionsgeschehens spielen (vgl. <https://www.tagesspiegel.de/politik/von-super-lockdown-bis-shutdown-light-welche-corona-massnahmen-haben-wirklich-infektionen-verhindert/26731670.html>). Am effektivsten sind das bereits erfolgte Versammlungsverbot von mehr als zehn Personen sowie die Schulschließungen. Wenn sehr grundrechtsintensiven Maßnahmen wie den Ausgangsverböten und der Untersagung kultureller Aktivitäten trotz Hygienekonzept eine nur geringe Schutzwirkung gegenüber steht, müssen sie als unverhältnismäßig und verfassungswidrig bewertet werden.

Ergänzend zu meinen Ausführungen im letzten Schriftsatz zum § 28a II IfSG möchte ich vorbringen:

„Die Voraussetzung des § 28 a II IfSG, nach der strikte Ausgangsbeschränkungen, Untersagungen von Versammlungen und Gottesdiensten und die Untersagung des Besuchs von Einrichtungen des Gesundheits- und Sozialwesens nur vorgesehen werden dürfen, soweit „auch bei Berücksichtigung aller bisher getroffenen anderen Schutzmaßnahmen eine wirksame Eindämmung der Verbreitung von COVID-19 erheblich gefährdet wäre“, ist jedenfalls schwerlich geeignet, die Verordnungsgeber über die Maßgaben des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes hinaus anzuleiten, wann solche schwerwiegenden Schutzmaßnahmen verhängt werden dürfen. Nicht in Grundrechte eingreifende Maßnahmen insbesondere zum Schutz vulnerabler Personengruppen, wie die Erhöhung der Impf-, Test- und intensivmedizinischen Kapazitäten durch die Verordnungsgeber selbst sollten jedenfalls bei der Abwägung genauso eine Rolle spielen, wie die Wirksamkeit der bereits verhängten in Grundrechte eingreifenden Schutzmaßnahmen. Die Erfahrung der aktuellen Pandemie

zeigt jedenfalls, dass solche schwerwiegenden Schutzmaßnahmen gleichzeitig und nicht zeitlich gestaffelt nach leichteren Schutzmaßnahmen verordnet wurden. Es besteht mithin wenig Aussicht, dass sich die Ordnungsgeber aufgrund dieser Norm nunmehr vertiefter mit den notwendigen Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit der Schutzmaßnahmen auseinandersetzen. Das gilt erst recht für Schutzmaßnahmen, die als weniger stark in Grundrechte eingreifend angesehen werden, wie sich etwa an der jüngst angestoßenen Diskussion um ein mögliches Verkaufsverbot für Feuerwerk zeigt. Schwer einzuordnen erscheint in diesem Zusammenhang auch § 28 a II 2 IfSG, der bei einer Untersagung oder Beschränkung des Betretens oder des Besuchs von Einrichtungen des Gesundheits- oder Sozialwesens vorgibt, dass ein **Mindestmaß an sozialen Kontakten** erhalten bleiben müsse. Ob solche Kontakte schon darin bestehen können, wenn ein täglicher Umgang mit dem Einrichtungspersonal stattfindet, bleibt ebenso im Dunkeln wie die Frage der Anwendbarkeit dieser Vorgabe bei anderen Schutzmaßnahmen. So wird man bei Ausgangs- oder Kontaktbeschränkungen nach § 28 a I Nr. 3 IfSG eine **analoge Anwendung dieser Norm schon unter dem Aspekt der Verhältnismäßigkeit** der Maßnahme befürworten müssen.“

(vgl. Sangs: Das Dritte Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite und Gesetzgebung während der Pandemie, NVwZ 2020, 1785)

Die Vorschrift über das Mindestmaß an sozialen Kontakten ist somit (zumindest analog) auch bei den anderen Regelbeispielen anzuwenden. Dieses Minimum ist bei der nächtlichen Ausgangssperre nicht erfüllt. Außerdem hat sich der bayerische Ordnungsgeber nicht vertieft mit der Wirksamkeit der anderen Maßnahmen auseinandergesetzt, sondern die Ausgangssperre als Risikovorsorge angeordnet. Wie im letzten Schriftsatz erläutert, erfolgte auch nur eine zirkelschlüssige Begründung zur 11. BayIfSMV (vgl. auch <https://www.juwiss.de/144-2020/>). Ich weise auch noch einmal auf den defizitären Willensbildungsprozess innerhalb der Regierung hin (vgl. <https://www.sueddeutsche.de/bayern/bayern-coronavirus-ausgangsbeschaenkungen-klage-1.5027566>).

Sofern man die Notwendigkeit einer Außervollzugsetzung der Ausgangsverbote und eine Lockerung der Kontaktbeschränkungen noch vor Weihnachten mit Art. 4, 6 GG begründet (vgl. <https://verfassungsblog.de/nachtliche-ausgangssperre-in-bayern-auch-an-heiligabend/>), wäre das auch für nicht-religiöse Menschen wünschenswert, die Weihnachten als Familienfest feiern. Außerdem sollten Personen nicht diskriminiert werden, bei denen enge Freunde an Stelle der Familie treten. Mein Eilantrag ist insgesamt offensichtlich begründet.

Mit freundlichen Grüßen

Gez. Benjamin Stibi

[REDACTED], 11. Januar 2021

## **Nachtrag zu 1 BvR 2582/20: Verordnung zur Änderung der 11. BayIfSMV**

Sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit weise ich auf die Verordnung zur Änderung der Elften Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung vom 8. Januar 2021 (2126-1-15-G, BayMBI. 2021 Nr. 5) sowie die dazugehörige Begründung (BayMBI. 2021 Nr. 6) hin, die von meiner Verfassungsbeschwerde samt Eilantrag auch umfasst sein soll.

Im Wesentlichen wurde die bisherige Verordnung bis zum 31. Januar verlängert, wodurch die grundsätzliche 4-Wochen-Frist des § 28a V GG in der Praxis erneut unterlaufen wird. Nach § 4 I 1 n. F. wurde die Kontaktsperre dahingehend verschärft, dass der gemeinsame Aufenthalt nur noch mit einer weiteren haushaltsfremden Person gestattet ist. Diese Maßnahme ist zum Infektionsschutz weder geeignet noch erforderlich noch angemessen: Faktisch kommt es zu gar keiner Kontaktreduzierung, da man sich vor der Änderung auch schon nur mit einem weiteren Haushalt treffen durfte. Die Personen aus diesem Haushalt kann man nun immer noch hintereinander treffen. In meinem letzten Schreiben habe ich auch wissenschaftliche Studien verlinkt, nach denen Verschärfungen von ohnehin schon strengen Kontaktbeschränkungen im Privatbereich zum Infektionsschutz kaum etwas beitragen. Benachteiligt von der neuen Regel sind vor allem Einzelpersonen, die ihre Eltern oder Großeltern besuchen wollen, wodurch der Schutzbereich von Art. 6 I GG eröffnet ist. Parallel wird immer mehr in den vom Allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG) geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung eingegriffen, der staatlicher Einflussnahme eigentlich entzogen sein soll.

Zum 15-Kilometer-Radius in den Hotspots (§ 25 I n. F.) äußere ich mich evtl. zu einem späteren Zeitpunkt. Da mir telefonisch mitgeteilt wurde, dass eine Eilentscheidung in meiner Sache „alsbald“ ergehen werde, soll dieser Punkt nicht für Verzögerung sorgen. Wichtig wäre mir vor allem, dass die fortdauernde nächtliche Ausgangssperre und die Ausgangsbeschränkung tagsüber gekippt, die Kontaktbeschränkungen auf ein verträgliches Niveau gelockert sowie Orchesterproben unter Einhaltung von Hygienekonzepten wieder erlaubt werden.

Im Übrigen verweise ich auf meine bisherigen, nach wie vor gültigen Schreiben.

Mit freundlichen Grüßen

Gez. Benjamin Stibi

██████████, 13. Januar 2021

## Nachtrag zu 1 BvR 2582/20: Hinweis auf Beschluss des BayVGH

Sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit weise ich auf einen Beschluss des BayVGH vom 11.01.2021 (20 NE 20.3030) hin. Die Außervollzugsetzung der bayerischen nächtlichen Ausgangssperre wurde mit der Begründung abgelehnt, dass keine Erfolgsaussichten in der Hauptsache zu erwarten seien und eine Folgenabwägung zulasten des Antragsstellers ausfalle. Eine Kurzzusammenfassung gibt es auf <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/bayvgh-bestaetigt-naechtliche-ausgangssperre-coronavirus-bayern/>. Telefonisch wurde mir von der Pressestelle des VGH versichert, dass der Volltext in Kürze auf juris bzw. beck-online abrufbar sein werde. In meinen vergangenen Schreiben habe ich bereits meine Argumente gegen die nächtliche Ausgangssperre aufgeführt, insbesondere dass ihre kontaktreduzierende Wirkung so gering ist, dass das Pönalisieren von nicht-gefährlichen Handlungen (wie der Spaziergang alleine) nicht gerechtfertigt ist. Es ist absurd, dass man dem Wortlaut des § 3 der 11. BayIfSMV nach nicht in den eigenen Garten oder nur mit Hund, aber nicht alleine spazieren gehen darf. Außerdem ist die psychische Belastung durch das Gefühl des Eingesperrt-Seins beträchtlich. Bezüglich dieses Punkts ist die Subsidiarität meines Antrags auf jeden Fall gewahrt; es ist nicht davon auszugehen, dass sich der VGH bei erneuter Anrufung anders entscheiden würde.

Zur Erforderlichkeit ist noch anzumerken, dass der Lockdown eigentlich ein absolutes Notmittel sein sollte, um Zeit für die Ressourcenbeschaffung (z. B. von Masken, Luftfilteranlagen) und Aufstockung des Gesundheitssystems (Intensivbetten, Kontaktnachverfolgungskapazitäten) zu gewinnen. Man kann auch ohne diese harten Einschränkungen im Privatbereich durch die Pandemie kommen, wenn man gezielt Hygienekonzepte für gesellschaftliche Hotspots entwickelt, wie kostenlose FFP-2-Masken für alle Bürger, eine Pflicht zum Home-Office, Testnachweis für Betretung von Pflegeheimen, Anmietung von größeren Räumen bzw. Einstellung von externen Lehrkräften für die Durchführung von Präsenzunterricht, „mächtigere“ Corona-App etc. Nach fast einem Jahr mit dem Coronavirus kann es nicht zulasten der Bürger gelegt werden, dass die Regierungen keine vernünftige Langzeitstrategie entwickelt haben.

Ich möchte noch einmal betonen, dass die ansteigende Dauer und Intensität der Maßnahmen immer mehr den **Wesensgehalt** mancher Grundrechte und somit den Art. 19 II GG zu erodieren drohen. Dem Sinn nach ist Art. 19 II GG vor allem an den einfachen parlamentarischen Gesetzgeber adressiert, kann aber auch auf die anderen Gewalten ausgeweitet werden („in keinem Falle“). Maßgeblich ist, inwieweit ihr grundrechtsrelevantes Handeln gesetzlich vorgezeichnet ist oder ob von Exekutive und Judikative eigenständige Gefahren für den Wesensgehalt ausgehen. Letzteres wird vor allem der Fall sein, wenn ihnen eigene Entscheidungsspielräume zugestanden werden. (vgl. Dreier/Dreier GG Art. 19 Abs. 2 Rn. 7 ff.; Maunz/Dürig/Remmert GG Art. 19 Abs. 2 Rn. 26 f.) Die weiten Formulierungen der §§ 28, 28a, 32 IfSG lassen den Landesregierungen viel Raum zur Fantasie, was sich auch an der Verschiedenartigkeit der daraus resultierenden Corona-Verordnungen von Bundesland zu Bundesland zeigt.

Für jedes Grundrecht braucht es eine gesonderte Bestimmung seines Wesensgehalts (vgl. BVerfGE 22, 180, 219). Danach gehen die Meinungen auseinander, ob Art. 19 II GG die Grundrechtsbestimmungen nur als objektive Normen oder auch als subjektive Grundrechtssicherungen schützt und ob der Wesensgehalt eines Grundrechts eine absolute Schranke darstellt oder nur relativen, mit kollidierenden Interessen abwägungsfähigen Schutz gewährt. Als gemeinsamer Nenner lassen sich folgende Ziele der Wesensgehaltsgarantie festhalten:

1. Wahrung der „**Grundidentität**“ eines Grundrechts

2. Wahrung einer **effektiven Abwehrmöglichkeit**:

Der Freiheitsgehalt eines Grundrechts muss sich trotz seiner verfassungsrechtlichen Abhängigkeiten von der einfachen Rechtsordnung und den Rechtsanwendern beiden gegenüber hinreichend durchsetzen können (vgl. Maunz/Dürig/Remmert GG Art. 19 Abs. 2 Rn. 41).

3. Wahrung seiner **gesamtgesellschaftlichen Funktion**

Bei Verstößen gegen Art. 19 II GG wird immer das von dem Eingriff betroffene Grundrecht verletzt. Der Eingriff ist daher verfassungswidrig, die entsprechende Norm nichtig. (vgl. Sachs/Sachs GG Art. 19 Rn. 47)

Die Corona-Lockdowns werden wiederholt als die „schwerwiegendsten Grundrechtseingriffe in der Geschichte der Bundesrepublik“ bezeichnet. Damit will man zum Ausdruck bringen, dass noch nie zuvor so viele Menschen gleichzeitig so sehr in der Ausübung ihrer Grundrechte beeinträchtigt wurden. Es geht also nicht nur um individuell-subjektive Rechte, sondern die Eingriffe haben in der Allgemeinheit ein solches Ausmaß ausgenommen, dass die gesamtgesellschaftliche Funktion, Durchsetzungsfähigkeit und Identität der objektiven Grundrechtsnormen in Gefahr sind.

Zwei Grundrechte, die unter den Ausgangsbeschränkungen besonders leiden, sind das Recht auf Freiheit der Person (Art. 2 II 2 GG) und das Recht auf Freizügigkeit (Art. 11 I GG). Das Bundesverfassungsgericht stellt in diesen Fällen eher auf die institutionelle Funktion der Wesensgehaltsgarantie ab: Bei einem Eingriff in die Freizügigkeit nach Art. 11 II GG, die für den Einzelnen im Totalentzug seiner Rechtsposition resultieren kann, ist für den Erhalt ihres Wesensgehalts entscheidend, welche Bedeutung das Grundrecht nach der getroffenen Einschränkung noch für das soziale Leben im Ganzen besitzt (vgl. BVerfGE 2, 266, 285). Auch die lebenslange Freiheitsstrafe (vgl. BVerfGE 45, 187, 270 f.) sowie die Sicherheitsverwahrung (vgl. BVerfGE 109, 133, 156) sind demnach mit Art. 19 II GG verträglich. Eine allgemeine Ausgangsbeschränkung unter Tags, eine zusätzliche Ausgangssperre in der Nacht, Beherbergungsverbote im ganzen Bundesgebiet, nun auch noch der 15-Kilometer-Radius und optionale Einreiseverbote in Hotspots: Seit Monaten wird für die Gesellschaft immer selbstverständlicher, sich möglichst nicht aus dem eigenen Haus zu bewegen. Dabei ist es Inbegriff der Freiheit und der entscheidende Unterschied zwischen einem freien Menschen und einem Inhaftierten, dass ersterer zu jeder Zeit selbst über seinen Aufenthaltsort bestimmen kann. Der Wesensgehalt gerät durch das bloße Andauern der Maßnahmen zunehmend näher; das Bundesverfassungsgericht hat letzten Frühjahr die klare Befristung der Maßnahmen als entscheidend für die Wahrung der Verfassungsmäßigkeit betont (vgl. 1 BvR 755/20, 1 BvQ 28/20). Dabei wurde die Freiheit der Person von den Verfassungsgeber\*innen als so hohes Gut

betrachtet, dass sie ihr mit dem Art. 104 GG sogar eine eigene Verfahrensvorschrift gewidmet haben. Die Grenze zwischen einer Freiheitsbeschränkung und einer Freiheitsentziehung, der intensivsten aller vom Grundgesetz vorgesehenen Eingriffsmöglichkeiten in die persönliche Bewegungsfreiheit, schwimmt momentan immer mehr – ein weiteres Indiz für das Ansetzen des Art. 19 II GG.

Die aktuellen Maßnahmen gefährden auch schon den Wesensgehalt des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts (APR) bzw. des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG). Das APR sichert jedem Einzelnen einen autonomen Bereich privater Lebensgestaltung, in dem er seine Individualität entwickeln und wahren kann. Diese Gewährleistung eines unantastbaren Minimums an persönlicher Freiheit schützt einen „Wesensgehalt der Wesensgehalte“ sämtlicher Individualfreiheiten bzw. die Selbstbestimmung als solche (vgl. BeckOK GG/Enders Art. 19 Rn. 28). Zu diesem Wesenskern zählt nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts auch die „Freiheit zur Krankheit“ (vgl. BVerfGE 142, 313, 339 f.). Nach dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung muss jeder die Möglichkeit haben, grundsätzlich selbst bestimmen zu können, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden. Dazu gehören auch Informationen zu den eigenen persönlichen Verhältnissen. Durch Versammlungsverbote, die Auferlegung von allgemeinen Kontaktbeschränkungen, die Pflicht zur Glaubhaftmachung von „triftigen“ Gründen und Ausfüllung von Kontaktlisten, die nächtliche Kontaktsperre etc. greift der Staat in nie dagewesenem Umfang in das Privatleben der Deutschen ein. Die Gestaltung von mindestens einem Drittel des Tages wird von der Regierung vorgegeben; die Anzahl der erlaubten Kontakte wurde auf das absolute Minimum (eine weitere Person) reduziert, was (anders als von der Politik behauptet) auch nicht wesentlich durch die Möglichkeit digitaler Zusammenkünfte gemildert wird. Durch Polizeikontrollen kann der Staat zudem Schlussfolgerungen über das Sexualleben, die sexuelle Orientierung und den Beziehungsstatus ziehen. Wer hier den Wesensbereich noch nicht eröffnet sieht, sollte sich wie bei den anderen Beispielen überlegen, wie viele Freiheiten dann seiner Meinung nach noch geopfert werden „dürften“ bzw. überhaupt könnten.

Die Intention des Art. 19 II GG ist deutlich: die Sicherung der Grundrechtssubstanz vor einem unbeschränkten, ohne eine derartige Sicherungszone zur vollständigen Entleerung und praktischen Auslöschung des Grundrechts führenden Zugriff des einfachen Gesetzgebers. Eine gewisse Nähe zum Verhältnismäßigkeitsprinzip und Übermaßverbot liegt in der Natur der Sache. In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat die Wesensgehaltsgarantie deswegen bisher kaum eigenständige Bedeutung erlangt; das später entwickelte, mehrgliedrige Verhältnismäßigkeitsprinzip hat sich als das differenziertere Instrument erwiesen. Der normativen Beseitigung im Sinne einer Streichung der Grundrechte durch den einfachen Gesetzgeber beugt bereits Art. 79 GG vor. Dabei hat Art. 19 II GG durchaus einen praktischen Mehrwert, wenn man ihn mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip in ein Stufenmodell einordnet: Bereits geringfügige Eingriffe können unverhältnismäßig sein, ohne auch nur in die Nähe des Wesensgehaltes zu gelangen. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz dient somit als weit vorgeschobene Sicherheitslinie, während Art. 19 II GG dem Gesetzgeber bei der ihm eingeräumten Einschränkungsmöglichkeit grundrechtlicher Freiheit eine letzte Grenze setzt, die selbst schwerwiegende Interessen der Allgemeinheit nicht aufweichen können. (vgl. Dreier/Dreier GG Art. 19 Abs. 2 Rn. 7, 18)

Mit diesem Verständnis könnte die Wesensgehaltsgarantie den Gerichten eine zusätzliche Orientierungshilfe bei der Bewertung der Verfassungsmäßigkeit der Corona-Maßnahmen bieten. Denn die bisherigen Entscheidungsfindungsmethoden im einstweiligen Rechtsschutzverfahren kommen in Zeiten einer Pandemie an ihre Grenzen. Eine reine Folgenabwägung muss – selbst bei noch so schwerwiegenden Grundrechtseingriffen – fast immer zugunsten der Regierung ausfallen, da jede freiheitseinschränkende Maßnahme irgendwie Neuinfektionen verhindert, die durch eine vorläufige Außervollzugsetzung wieder entstehen würden. Sofern eine summarische Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache stattfindet, lässt sich aufgrund des erheblichen Gewichts der staatlichen Pflicht zum Gesundheitsschutz (Art. 2 II GG) das Ergebnis der Verhältnismäßigkeitsprüfung selten eindeutig absehen. Wenn man aber bewusst prüft, ob der Wesensgehalt eines Grundrechts betroffen ist, könnte dies als weiteres Indiz für die offensichtliche Begründetheit des Eilantrags dienen. Auch in der Hauptsache würde eine verstärkte Beachtung des Art. 19 II GG unterbinden, dass man bei der doch eher subjektiven Abwägung zweier gewichtiger kollidierender Interessen versehentlich eine rote Linie überschreitet. Denn nicht alles darf zum Gesundheitsschutz geopfert werden – irgendwo muss eine Grenze gesetzt werden. (ausführlichere Argumentation meinerseits auf <https://aufmerken.de/wesensgehalt/>)

Mit freundlichen Grüßen

Gez. Benjamin Stibi