

1. Relationale Freiheit. Grundrechte in der Pandemie

Referat von *Anna Katharina Mangold**, Flensburg

Inhalt

	Seite
Vorrede	8
1. Situiertheit	8
2. Erwartungen an die Grundrechte: Grundrechtliches Verteilungsprinzip	9
3. Argumentationsgang	11
I. Das Grundrechtssubjekt in der Pandemie	11
1. Autonomie, Eigen- und Fremdgefährdung	12
2. Relationale Einbettung der Einzelnen	13
3. Relationale Dimension der Grundrechte	14
II. Unsicheres Wissen als Grundrechtsproblem in der Pandemie ..	18
1. Pandemiemaßnahmen gegen die Allgemeinheit	18
2. Begründung und dynamisierte Wissensverarbeitung	19
3. Einzelmaßnahmen und Maßnahmenpaket	20
4. Gerichtliche Kontrolle	22
III. Die Verhältnismäßigkeit der Pandemiemaßnahmen	23
1. Der Zweck der Pandemiemaßnahmen	23
2. Zunehmende Zielgerichtetheit der Maßnahmen	24
3. Angemessenheit und Wesensgehalt der Grundrechte	26

* Die Autorin dankt für den anregenden Austausch *Sigrid Boysen, Johannes Gallon, Albert Ingold, Andrea Kießling, Thorsten Kingreen, Thomas Kleinlein, Mehrdad Payandeh, Philipp Reimer, Stephan Rixen, Benjamin Rusteberg, Ute Sacksofsky, Uwe Volkmann* und *Rainer Wahl*. – Der Text befindet sich auf dem Stand vom 30. April 2021. Die Pandemie hat die Textbeschaffung durchaus erschwert, und so danke ich vielen Personen, die mich mit ihren Ressourcen unterstützt haben, auch unter Bedingungen geschlossener Bibliotheken an Literatur zu gelangen.

IV. Gleiche Freiheit.	27
1. Massenhafte und unspezifische Maßnahmen	28
2. Angemessenheit: Unterschiedliche Maßstäbe	28
3. Lösung: Kompensation und Differenzierung	29
Schluss	30

Vorrede

1. *Situiertheit*

Einen Vortrag über die Rolle der Grundrechte in der Pandemie zu halten, erfordert mehr noch als sonst, über die eigene Ausgangsposition nachzudenken und sie offenzulegen. Wenn wir auch versuchen, objektiv und neutral über rechtliche Regulierung und ihre Konsequenzen zu sprechen, so müssen wir uns doch eingestehen, dass wir unserer eigenen Betroffenheit nicht entkommen können.¹

In der Pandemie sind Staatsrechtslehrende so unmittelbar von den Pandemiemaßnahmen² betroffen wie alle anderen Menschen,³ wenn auch

¹ Grundlegend zur epistemologischen Prämisse der Situiertheit und ihrer Auswirkung auf Vorstellung von Objektivität aus naturwissenschaftlicher Perspektive: *Donna Haraway* Situated Knowledges, *Feminist Studies* 14 (1988), 575–599; aus rechtswissenschaftlicher Perspektive: *Katharine T. Bartlett* Feminist Legal Methods, *Harv. L. Rev.* 103 (1989), 829–888; *Katharine T. Bartlett* Objectivity: A Feminist Revisit, *Ala. L. Rev.* 66 (2014), 375–394.

² Darunter werden alle Maßnahmen zur Bekämpfung der Pandemie verstanden, insbesondere jene des 3. Bevölkerungsschutzgesetzes v. 18.11.2020 (BGBl. I 2397) in § 28a Abs. 1 IfSG sowie die mit der sogenannten Bundesnotbremse durch das 4. Bevölkerungsschutzgesetz v. 22.4.2021 (BGBl. I 802) in § 28b Abs. 1 IfSG. Die aufgelisteten Maßnahmen sind ausgesprochen inhomogen und haben sich vor allem im Laufe der ersten Monate der Pandemiebekämpfung entwickelt. Nach wie vor kommen immer wieder neu erfundene Maßnahmen als Ideen hinzu, etwa Reiseverbote für das Frühjahr und den Sommer 2021, zusätzliche (dann kassierte) „Ruhetage“ um Ostern 2021, die an die Kirchen gerichtete Bitte, 2021 keine Ostergottesdienste abzuhalten und viele mehr.

³ In Deutschland erfassen diese Maßnahmen aktuell nahezu jeden Lebensbereich und lassen, grundrechtlich betrachtet, lediglich die Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) und die Kommunikationsfreiheiten (Art. 10 GG) unberührt, „vor allem, weil sie digital umsetzbare Verhaltensformen ermöglichen, die seuchenrechtlich irrelevant sind“, vgl. *Oliver Lepsius* Grundrechtsschutz in der Corona-Pandemie, *Recht und Politik* 56 (2020), 258–281 (265). Zur Betroffenheit auch von Wissenschaftler*innen: *Jens Kersten/Stephan Rixen* Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 2. Aufl. 2021 Einleitung: „[Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler] sind mehr als ihre professionelle Rolle, die sich von anderen Rollen der Person zwar unterscheiden, aber nicht trennen lässt. Je mehr eine Lage die ganze Person

typischerweise in privilegierter Lage. Doch gibt es bereits große Unterschiede zwischen Mitgliedern mit Kindern im Homeschooling und solchen ohne.⁴ Auch existieren unterschiedliche subjektive Einschätzungen von der Gefährlichkeit des Corona-Virus in unserem Kreis.

Solche unterschiedliche Situiertheit hat Einfluss auf unsere rechtswissenschaftlichen Einschätzungen, alles andere wäre sonderbar.

2. *Erwartungen an die Grundrechte: Grundrechtliches Verteilungsprinzip*

Die Pandemie wird sowohl in der Wissenschaft als auch in der Gesellschaft als Grundrechtsproblem aufgefasst. Doch was erwarten wir von den Grundrechten? Welche konkreten Vorgaben entnehmen wir ihnen?

Ernst-Wolfgang Böckenförde hat die Verfassung und die Grundrechte als eine Rahmenordnung beschrieben,⁵ innerhalb derer weiter Raum für politische Entscheidungen verbleibt. Die Entscheidung über den einzuschlagenden Weg in der Pandemie obliegt den politischen Institutionen, sie kann nicht unmittelbar aus den Grundrechten deduziert werden.

Gleichzeitig gilt das von *Carl Schmitt* beschriebene rechtsstaatliche Verteilungsprinzip: „... die Freiheitssphäre des einzelnen [ist] prinzipiell *unbegrenzt*, die Befugnisse des Staates [sind] prinzipiell *begrenzt*.“⁶ Ich möchte es grundrechtliches Verteilungsprinzip nennen, weil es vor allem⁷

betrifft, desto eher kommen vorreflexiv präsente Dimensionen der Person zum Vorschein, auch in der wissenschaftlichen Arbeit. Letzte Werthaltungen, über lange Zeit gepflegte Selbstbilder und ein Habitus, der dem Ich, komme, was da wolle, eine Form gibt, werden dann wichtiger als sonst, zumal sich mit Rationalisierungen die irritierende Kraft der Pandemie kaum vollständig erfassen lässt.“

⁴ Zu den Schulschließungen im April und Mai 2020 *Sabine Zinn/Michael Bayer* Subjektive Belastung der Eltern durch die Beschulung ihrer Kinder zu Hause zu Zeiten des Corona-bedingten Lockdowns im Frühjahr 2020, *ZfE* 2021, 1–27, mit der weiteren Differenzierung zwischen Alleinerziehenden und Eltern in Paarbeziehungen.

⁵ *Ernst-Wolfgang Böckenförde* Die Eigenart des Staatsrechts und der Staatsrechtswissenschaft, in: *Ernst-Wolfgang Böckenförde* (Hrsg.) *Staat, Verfassung, Demokratie*, 1991, 11–28 (17 f., 22 f.); *Ernst-Wolfgang Böckenförde* Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik, in: *Ernst-Wolfgang Böckenförde* (Hrsg.) *Staat, Verfassung, Demokratie*, 1991, 53–89 (58); *Rainer Wahl* Der Vorrang der Verfassung, *Der Staat* 20 (1981), 485–516.

⁶ *Carl Schmitt* *Verfassungslehre*, 10. Aufl. 2010, 126 f., zur grundrechtlichen Dimension: 158.

⁷ Die rechtsstaatliche Tradition, Eingriffe in Freiheit und Eigentum nur durch oder aufgrund Gesetzes anzuerkennen, über die dann die Gerichte entschieden, entwickelte sich bereits seit dem 18. Jahrhundert, Vorläufer reichen zurück bis in die Reichspublizis-

in den individualrechtlichen Grundrechten radiert ist. Die Grundrechte verlangen, dass der Staat alle Eingriffe in die Grundrechte rechtfertigt. Die Grundrechte geben dabei keine detaillierte Ideallinie vor, diese zu finden bleibt Aufgabe politischer Entscheidungen. Öffentlichkeit wie Gerichte wachen über die Wahrung der Grundrechte. Deswegen gibt es in dieser Pandemie keinen Ausnahmezustand,⁸ und die Grundrechte sind nicht „aufgehoben“⁹.

tik und die Rechtsprechung des Reichskammergerichts, vgl. *Rita Sailer* Untertanenprozesse vor dem Reichskammergericht, 1999; zu Preußen an der Jahrhundertwende dicht und instruktiv *Henning Schrimpf* Die Auseinandersetzung um die Neuordnung des individuellen Rechtsschutzes gegenüber der staatlichen Verwaltung nach 1807, *Der Staat* 18 (1979), 59–80; allgemeiner zur Jahrhundertwende *Thomas Würtenberger* § 2 Von der Aufklärung zum Vormärz, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.) *Handbuch der Grundrechte*. Bd. 1: Entwicklung und Grundlagen, 2004, 49 (57 ff.). Wichtig wurde die Forderung nach Rechtsstaatlichkeit dann vor allem im Liberalismus des 19. Jahrhundert wegen der Spielräume, die das Ende des Feudalsystems mit sich brachte, vgl. *Dieter Grimm* Die Entwicklung der Grundrechtstheorie in der deutschen Staatsrechtslehre des 19. Jahrhunderts, in: Dieter Grimm (Hrsg.) *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, 1987, 308–346 (322); zu den Phasen der Grundrechtsdebatten des 19. Jhd. *Rainer Wahl* Rechtliche Wirkungen und Funktionen der Grundrechte im deutschen Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts [1979], in: Rainer Wahl (Hrsg.) *Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung*, 2003, 341–373 (358 ff.). Die historische „Gleichzeitigkeit des Ungleichzeitigen“ in dieser Entwicklung tritt hervor, nimmt man die seit Ende des 18. Jahrhunderts begonnene Bauernbefreiung mit in die Betrachtung: Während die einen den Schutz ihres Eigentums erstrebten, ging es für die anderen darum, nicht mehr Eigentum zu sein. Zur Bauernbefreiung knapp, aber eindrucklich *Karl Kroeschell* *Deutsche Rechtsgeschichte*, 2. Aufl. 1993, 150 ff.

⁸ Bezugspunkt der rechtswissenschaftlichen Debatte seit jeher: *Carl Schmitt* *Politische Theologie*, 2. Aufl. 1934, 11 ff. Die jüngere Literatur hat sich vor allem unter dem Gesichtspunkt der Terrorismusabwehr mit dem Ausnahmezustand befasst: *Günter Frankenberg* *Staatstechnik. Perspektiven auf Rechtsstaat und Ausnahmezustand*, 2010; *Anna-Bettina Kaiser* *Ausnahmeverfassungsrecht*, 2020; *Tristan Barczak* *Der nervöse Staat. Ausnahmezustand und Resilienz des Rechts in der Sicherheitsgesellschaft*, 2020. In der Pandemie *Uwe Volkmann* *Der Ausnahmezustand*, *VerfBlog*, 20.03.2020 <<https://verfassungsblog.de/der-ausnahmezustand>>.

⁹ Insbesondere im November 2020 kreiste die öffentliche Debatte um das Dritte Gesetz zum Schutz der Bevölkerung vor nationaler Tragweite vom 18.11.2020 (BGBl. I 2397) um Vorstellungen von einer Außerkraftsetzung der Grundrechte. Die AfD nahm das von rechten/rechtsextremen Kreisen befördert Narrativ auf, bei der Änderung des Infektionsschutzgesetzes handle es sich um ein Ermächtigungsgesetz wie jenes von 1933, vgl. das Eingangsstatement in der Plenardebatte von *MdB Bernd Baumann* (AfD): „Die heutige Gesetzesvorlage ist eine Ermächtigung der Regierung, wie es das seit geschichtlichen Zeiten nicht mehr gab.“ (Plenarprotokoll 19/191 v. 18.11.2020, S. 24046). Zu den Grundrechten äußerte sich etwa *MdB Alexander Gauland* (AfD): „Wir können die Grundrechte vergessen.“ und nannte Grundrechte „ausgesetzt“ (Plenarprotokoll 19/191 v. 18.11.2020, S. 24051). Ähnlich *MdB Martin Siebert* (AfD): „nahezu alle Grundrechte ausgehebelt“ und

3. Argumentationsgang

Angesichts der Vielzahl grundrechtlicher Fragestellungen in der Pandemie¹⁰ tritt der Vortrag einen Schritt zurück und blickt auf vier Grundfragen von Grundrechtstheorie und -dogmatik. Die überkommene Dogmatik erlaubt im Wesentlichen die Verarbeitung der auftretenden Grundrechtsfragen, verlangt aber, bislang implizite Dimensionen und Aspekte der Grundrechte zu explizieren.

Erstens: Die Grundrechte schützen zwischenmenschliche Interaktion, die gerade auch physische Begegnungen umfasst, als relationale Dimension.

Zweitens: Trotz der Unsicherheit des Wissens über die Pandemie ist grundrechtlich gefordert, dass die Pandemiemaßnahmen begründet werden und diese Begründungen dem aktuellen Wissensstand Rechnung tragen.

Drittens: Auf der Stufe der Angemessenheit in der Verhältnismäßigkeit gilt es, in den Abwägungsvorgang eine inkommensurable Grenze einzuziehen, wie sie im Wesensgehalt nach Art. 19 Abs. 2 GG vorgesehen ist, weil der Schutz von Leib und Leben zur Absolutheit drängt.

Viertens: Aus der Perspektive gleicher Freiheit sind die je unterschiedlichen Auswirkungen von Maßnahmen auf verschiedene Grundrechtsberechtigten in der freiheitsrechtlichen Angemessenheitsprüfung zu berücksichtigen.

I. Das Grundrechtssubjekt in der Pandemie

In der Pandemie tritt eine bislang eher implizite Dimension der Grundrechte hervor, ihre relationale Dimension.¹¹

„die Grundlage für staatliche Willkür und Kontrolle festgeschrieben“ (Plenarprotokoll 19/191 v. 18.11.2020, 24059).

¹⁰ Die rechtswissenschaftliche Literaturproduktion war allein im Buchsektor schnell und umfassend: *Jens Kersten/Stephan Rixen* Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 2020 (1. Aufl. Mai 2020; 2. Aufl. angekündigt für Mai 2021); *Hubert Schmidt* (Hrsg.) Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2020 (1. Aufl. Mai 2020, 2. Aufl. August 2020, 3. Aufl. April 2021); *Sebastian Kluckert* (Hrsg.) Das neue Infektionsschutzrecht, 2020 (1. Aufl. Mai 2020; 2. Aufl. April 2021); *Ludwig Kroiß* (Hrsg.) Rechtsprobleme durch COVID-19, 2020 (1. Aufl. Mai 2020; 2. Aufl. Mai 2021); hinzukommen die Werke zum Infektionsschutzrecht und Kommentare zum IfSG, die nun aktualisiert wurden oder in erster Auflage erschienen sind. Die Aufsatzproduktion ist immens, bereits im April 2020 wurde eine neue Zeitschrift „Covid und Recht“ (CoVuR) vom Verlag C. H. Beck ins Leben gerufen.

¹¹ In diese Richtung vorgedacht hat schon *Dieter Suhr* Entfaltung der Menschen durch die Menschen, 1976, der insbesondere Art. 2 Abs. 1 GG ausgehend von einem „interaktiven Paradigma“ (82) interpretiert und damit „das individualistische Paradigma der Freiheit“

1. *Autonomie, Eigen- und Fremdgefährdung*

Ausgangspunkt liberaler Grundrechtstheorie und -dogmatik ist die Annahme, dass die Einzelnen als autonome Subjekte Entscheidungen über Selbstgefährdungen treffen können. Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Suizidbeihilfe kann als Kulminationspunkt eines solch liberalen Verständnisses begriffen werden.¹² Was für die Selbstauslöschung angenommen wurde, gilt auch für das Minus, für den bewusst riskanten Umgang mit sich selbst.

In der Pandemie tragen Begegnungen allerdings stets das Risiko der Fremdgefährdung. Die Einzelnen können als asymptomatische Virustragende unwissentlich andere anstecken. Selbst, wenn sie im Kontakt mit anderen nur sich anstecken, besteht doch die Möglichkeit einer mittelbaren Fremdgefährdung: Im Falle schwerer Krankheitsverläufe wird eine Inanspruchnahme von Kapazitäten des Gesundheitssystems¹³ notwen-

(83) zu überwinden trachtet, das, so Suhr, „seine Überzeugungskraft allmählich eingebüßt“ habe (ebd.). – Dieser faszinierende Denker erfährt in jüngerer Zeit zurecht wieder Aufmerksamkeit, siehe etwa *Karsten Herzmann* Querdenken als Beruf – Dieter Suhr und sein Grundmodus der Paradigmenkritik, in: Nikolaus Marsch/Laura Münkler/Thomas Wischmeyer (Hrsg.) *Apokryphe Schriften*, 2019, 135; *Michael von Landenberg-Roberg* Die apokryphe Schrift als konserviertes Potential für zukünftige Paradigmenwechsel – Dieter Suhrs Ringen um die „Bewusstseinsverfassung“ seiner Zunft, in: Nikolaus Marsch/Laura Münkler/Thomas Wischmeyer (Hrsg.) *Apokryphe Schriften*, 2019, 151; *Stefan Lorenzmeier* Dieter Suhr – „Repräsentation von Menschen in und durch Menschen“, in: Eike Michael Frenzel (Hrsg.) *Was bleibt*, 2017, 65.

¹² BVerfG, U. v. 26.2.2020 – 2 BvR 2347/15; 2 BvR 651/16; 2 BvR 1261/16; 2 BvR 1593/16; 2 BvR 2354/16; 2 BvR 2527/16, Rn. 208 ff.: Das allgemeine Persönlichkeitsrecht „als Ausdruck persönlicher Autonomie“ umfasse auch ein „Recht auf selbstbestimmtes Sterben“. Dieses autonome Recht dürfe nicht „fremddefiniert“ werden und unterliege keiner objektiven Vernünftigkeitkontrolle (Rn. 210), ja es umfasse sogar die Unterstützung Dritter bei einem autonomen Suizid (Rn. 212 f., bes. 213, mit Verweis auf Suhr [Fn. 11]).

¹³ Dieser Gedanke findet sich bereits in dem – allerdings außerordentlich lapidaren – Nichtannahmebeschluss BVerfGE 59, 275 (279) – *Helmpflicht* [1982]: „Nach dem Grundgesetz muß der Einzelne sich diejenigen Schranken seiner Handlungsfreiheit gefallen lassen, die der Gesetzgeber zur Pflege und Förderung des sozialen Zusammenlebens in den Grenzen des bei dem gegebenen Sachverhalt allgemein Zumutbaren zieht, vorausgesetzt, daß dabei die Eigenständigkeit der Person gewahrt bleibt (BVerfGE 4, 7 [15 f.; st. Rspr.]). [...] Ein Kraffradfahrer, der ohne Schutzhelm fährt und deshalb bei einem Unfall eine schwere Kopfverletzung davonträgt, schadet keineswegs nur sich selbst. Es liegt auf der Hand, daß in vielen Fällen weiterer Schaden abgewendet werden kann, wenn ein Unfallbeteiligter bei Bewußtsein bleibt.“

Das Fahren ohne Schutzhelm, das den Beschwerdeführern ein ‚Gefühl von Freiheit und Wagnis‘ vermittelt, unterscheidet sich von anderen gefährlichen Betätigungen dadurch, daß es sich im öffentlichen Straßenverkehr abspielt, mithin in einem Bereich, der für die Allgemeinheit wichtig ist und für den der Staat deshalb eine besondere Verantwortung trägt.

dig¹⁴ – Kapazitäten, die dann anderen nicht mehr zur Verfügung stehen.¹⁵ In der Pandemie können alle nicht steril Immunen bei physischen Begegnungen ihre Mitmenschen gefährden.

2. Relationale Einbettung der Einzelnen

Die Pandemie verwandelt die soziale Interaktion durch physische Begegnung mit anderen also in eine potentielle Gefahrensituation, weil Ansteckung droht. Deswegen trachten Pandemiemaßnahmen, solche physischen Begegnungen zu unterbinden. Die Einzelnen sind allerdings nicht „fensterlose Monaden“,¹⁶ sondern vielfältig aufeinander angewiesen und eingebettet in soziale Beziehungen und verwirklichen ihre Autonomie gerade im relationalen Bezug auf andere.¹⁷ Das autonome Subjekt ist in

Wenn die Folgen eines im öffentlichen Straßenverkehr eingegangenen, berechenbaren und hohen Risikos die Allgemeinheit schwer belasten, ist es für den Einzelnen zumutbar, dieses Risiko durch einfache, leicht zu ertragende Maßnahmen zu senken. Daß Unfälle mit schweren Kopfverletzungen weitreichende Folgen für die Allgemeinheit haben (z.B. durch Einsatz der Rettungsdienste, ärztliche Versorgung, Rehabilitationsmaßnahmen, Versorgung von Invaliden), steht außer Frage.“ – Kritische Entscheidungsanalyse bei *Christian Hillgruber* Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, 95 ff.

¹⁴ Selbstgefährdende Freiheitsbetätigungen wie Motorradfahren, Bergwandern, Skifahren oder Basejumping unternimmt nur ein vergleichsweise geringer Anteil der Bevölkerung, so dass sich die betroffenen Gebiete etwa in ihren Krankenhausplanungen darauf einstellen können. Das Corona-Virus hingegen kann selbst dann zu einer Überlastung des Gesundheitssystems führen, wenn nur ein geringer Anteil der Infizierten einen schweren oder schwersten Verlauf durchmacht. Jeder Fall von Hospitalisierung stellt enorme Anforderungen an die Quarantäne der Hospitalisierten. Von beatmeten Intensivpatient*innen starben einer Metastudie im Zeitraum der ersten Corona-Welle bis August 2020 etwa 50 %, mit altersbedingten Differenzierungen, vgl. *Zheng Jie Lim/Ashwin Subramaniam/Mallikarjuna Ponnappa Reddy et al.* Case Fatality Rates for COVID-19 Patients Requiring Invasive Mechanical Ventilation: A Meta-analysis. *Am J Respir Crit Care Med.* 2020, <<https://doi.org/10.1164/rccm.202006-2405OC>>.

¹⁵ Instruktiv die Abwägungen der Gerichte zu Feuerwerksverboten an Silvester 2020, ob die Beschränkung der Freiheit, ein Feuerwerk zu entzünden, durch das Interesse, Intensivbetten freizuhalten, gerechtfertigt werden kann: ablehnend OVG Lüneburg, B. v. 18.12.2020, 13 MN 568/20, Rn. 43 (zweifelhafte Eignung); bestätigend VGH Mannheim, B. v. 22.12.2020, 1 S 4109/20, Rn. 31 f. (Erforderlichkeit) und Rn. 37 (offen zur Geeignetheit).

¹⁶ *Gottfried Wilhelm Leibniz* Monadologie. Französisch/Deutsch (Übers. Hartmut Hecht), Stuttgart 1998, Par. 7, 12–13: „Die Monaden haben keine Fenster, durch die etwas ein- oder austreten könnte.“ – Das trivialisierende Aufgreifen dieses berühmten Satzes wird der Vielschichtigkeit seiner Bedeutungsgehalte nicht gerecht. Einen anregenden Überblick über jüngere Interpretationsansätze und eine Kontextualisierung gibt *Horst Bredekamp* Leibniz’ Denkkorgane: Gärten, Exponate, Leinwände, in: Elke Senne (Hrsg.) *Gottfried Wilhelm Leibniz (1646–1716)*, 2017, 87–103.

¹⁷ Zum Konzept der *relational autonomy* in der feministischen Theorie: *Catriona Mackenzie/Natalie Stoljar* Introduction: Autonomy Refigured, in: *Catriona Mackenzie/*

der Pandemie besonders sichtbar ein relationales Subjekt, das sich erst in Beziehungen zu und mit anderen entfaltet.

3. *Relationale Dimension der Grundrechte*

Die Grundrechte anerkennen diese relationale Dimension seit jeher. Das Bundesverfassungsgericht betont dies in seiner ambivalenten Menschenbild-Formel, wonach „[d]as Menschenbild des Grundgesetzes nicht das eines isolierten souveränen Individuums“ sei, sondern „vielmehr die Spannung Individuum – Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden“ habe.¹⁸

Natalie Stoljar (Hrsg.) *Relational autonomy*, 2000, 3–31; *Jennifer Nedelsky* *Law's relations*, 2011; *Robin West* *Relational feminism and law*, in: Robin West/Cynthia G. Bowman (Hrsg.) *Research handbook on feminist jurisprudence*, 2019, 65–72; *Beate Rössler* *Autonomie*, 2017; konkret zu Corona: *Sabine Hark* *Mit dem Virus leben. Über Gemeinschaft, das Subjekt und das Recht der Enteigneten*, KJ 53 (2020), 475–480; *Ute Sacksofsky* *Autonomie und Fürsorge*, KJ 54 (2021), 47–61.

¹⁸ BVerfGE 4, 7 (15 f.) – *Investitionshilfe* [1954]: „Das Menschenbild des Grundgesetzes ist nicht das eines isolierten souveränen Individuums; das Grundgesetz hat vielmehr die Spannung Individuum – Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten. Das ergibt sich insbesondere aus einer Gesamtsicht der Art. 1, 2, 12, 14, 15, 19 und 20 GG. Dies heißt aber: der Einzelne muß sich diejenigen Schranken seiner Handlungsfreiheit gefallen lassen, die der Gesetzgeber zur Pflege und Förderung des sozialen Zusammenlebens in den Grenzen des bei dem gegebenen Sachverhalt allgemein Zumutbaren zieht, vorausgesetzt, daß dabei die Eigenständigkeit der Person gewahrt bleibt.“ Ähnlich BVerfGE 12, 45 (51) – *Wehrpflicht* [1960]: „Mit den rechtlichen und geistig-politischen Prinzipien, die das Grundgesetz beherrschen, ist die allgemeine Wehrpflicht vollends vereinbar: Das Grundgesetz ist eine wertgebundene Ordnung, die den Schutz von Freiheit und Menschenwürde als den obersten Zweck allen Rechts erkennt; sein Menschenbild ist nicht das des selbstherrlichen Individuums, sondern das der in der Gemeinschaft stehenden und ihr vielfältig verpflichteten Persönlichkeit. Es kann nicht grundgesetzwidrig sein, die Bürger zu Schutz und Verteidigung dieser obersten Rechtsgüter der Gemeinschaft, deren personale Träger sie selbst sind, heranzuziehen.“ – In der Folge bleibt die Menschenbild-Formel ambivalent. Erstens wird sie zur Beschränkbarkeit schrankenlos gewährter Grundrechte herangezogen: BVerfGE 30, 173 (193) – *Mephisto* [1971]: Kunstfreiheit; BVerfGE 32, 98 (107 f.) – *Verweigerte Bluttransfusion* [1971]: Religionsfreiheit; BVerfGE 47, 327 (369) – *Hessisches Universitätsgesetz* [1978]: Wissenschaftsfreiheit; 109, 133 (151 f.) – *Sicherungsverwahrung* [2004]: Menschenwürde; entgegengesetzt aber BVerfGE 115, 118 (158) – *Flugzeugabschuss* [2006]: Objektformel gilt bei der Menschenwürde; entgegengesetzt auch BVerfGE 128, 326 (376) – *Sicherungsverwahrung II* [2011]: strenge Verhältnisprüfung geboten. Zweitens wird die Menschenbild-Formel auch verwendet, um das „besondere Gewaltverhältnis“ zu beenden: BVerfGE 33, 1 (10 f.) – *Strafgefangene* [1972]. Drittens hilft sie, das Abwägungsmodell der Verhältnismäßigkeit zu begründen: BVerfGE 35, 202 (225) – *Lebach* [1973]; BVerfGE 50, 166 (175) – *Ausweisung* [1979]; auch für vorbe-

Die Pandemiemaßnahmen¹⁹ beschränken nun gerade jene Formen von Freiheitsbetätigungen im Alltag, die zu Begegnungen mit anderen Menschen führen. In der Pandemie wird es deswegen nötig, die bislang implizite relationale Dimension der Grundrechte explizit zu machen.²⁰

Das Recht auf physische Begegnung mit Ehepartnern²¹ oder Familienmitgliedern²² ist in Art. 6 Abs. 1 GG geschützt. Wie das Bundesverfas-

haltlos gewährte Grundrechte: BVerfGE 83, 130 (143) – *Josephine Mutzenbacher* [1990]. Viertens begründet diese Formel das „Wächteramt des Staates“ nach Art. 6 Abs. 2 S 2 GG beim Kindesschutz: BVerfGE 24, 119 (144) – *Adoptionseinwilligung* [1968]; 107, 104 (117) – *Elterliche Beteiligung an Jugendstrafverfahren* [2003]. Fünftens fußt die „weltanschaulich-religiöser Neutralität“ im Religionsverfassungsrecht auf der Formel: BVerfGE 41, 29 (50) – *Christliche Gemeinschaftsschule badischer Überlieferung* [1975]: „Der ‚ethische Standard‘ des Grundgesetzes ist vielmehr die Offenheit gegenüber dem Pluralismus weltanschaulich-religiöser Anschauungen angesichts eines Menschenbildes, das von der Würde des Menschen und der freien Entfaltung der Persönlichkeit in Selbstbestimmung und Eigenverantwortung bestimmt ist. In dieser Offenheit bewährt der freiheitliche Staat des Grundgesetzes seine religiöse und weltanschauliche Neutralität.“; BVerfGE 108, 282 (300) – *Kopftuch I* [2003]; 138, 296 (339) – *Kopftuch II* [2015]. – In der Tendenz positiv *Christian Bumke* Menschenbilder des Rechts, JöR 57 (2009), 125 (139): „Das im harmonischen Ausgleich zwischen Sozialität und Individualität angelegte liberale Grundverständnis markiert einen festen Halte- und Bezugspunkt für die verfassungsrechtliche Auslegungs- und Anwendungsarbeit.“

¹⁹ *Andrea Kießling* in: dies. (Hrsg.) IfSG 2. Aufl. 2021, § 28a Rn. 25 ff. unterscheidet die Maßnahmen in (1) unmittelbar übertragungsreduzierend, (2) „Hilfsmaßnahmen“ und (3) Kontaktnachverfolgung.

²⁰ Vorschlag für eine Typologie relationaler Grundrechtsdimensionen:

- (1) Gerade die Beziehung ist grundrechtlich geschützt: Ehe, Familie, intime Partnerschaft.
- (2) Erst mit anderen kann das Grundrecht ausgeübt werden (kollektive Dimension einiger Grundrechte): Gottesdienste (im Unterschied zum individuellen Gebet), Demonstrationen, Vereinsleben.
- (3) Die Grundrechtsausübung bedarf gerade der Interaktion mit anderen Menschen: Wirkbereich für Künstler*innen (andere müssen die Kunstwerke oder Aufführungen wahrnehmen können), Berufsausübung (Verkauf an Kund*innen, Behandlung von Patient*innen etc.).
- (4) Der ganz alltägliche Umgang mit anderen Menschen als soziale Interaktion: allgemeine Handlungsfreiheit als Auffanggrundrecht.

²¹ Die Ehepartner dürfen ihre Beziehung frei gestalten, ohne dass der Staat hier Vorgaben nur zu machen versuchen dürfte, dazu allgemein BVerfGE 6, 55 (81 f.) – *Ehegattenbesteuerung* [1957]; 53, 257 (296) – *Versorgungsausgleich* [1980]; speziell zur räumlichen Dimension: BVerfGE 107, 27 (53 ff.) – *doppelte Haushaltsführung* [2002]; 114, 316 (333) – *Zweitwohnungsbesteuerung* [2005]; zum Ganzen *Bettina Heiderhoff* in: Ingo von Münch/Philip Kunig/Jörn Axel Kämmerer/Markus Kotzur (Hrsg.) GG, 7. Aufl. 2021, Art. 6 Rn. 84; *Frauke Brosius-Gersdorf* in: Horst Dreier (Hrsg.) GG, 3. Aufl. 2013, Art. 6 Rn. 66. Deswegen müssen Ehegatten das Recht haben, einander in der Pandemie zu sehen, auch wenn sie an verschiedenen Orten wohnen.

²² Aus der Pandemie-Rspr. OVG Saarland, B. v. 20.01.2021 – 2 B 7/21, Rn. 13: Art. 6 Abs. 1 GG schütze in der Pandemie auch die Beziehung zwischen Großeltern und Enkelkind vor unverhältnismäßigen Beschränkungen.

sungsgericht in seinen bislang drei stattgebenden Beschlüssen zu Pandemiemaßnahmen festgehalten hat, sind auch der gemeinsame Gottesdienst²³ und die gemeinsame Demonstration²⁴ geschützt. Das gemeinsame Erleben einer Kunstaufführung fällt in den „Wirkbereich“²⁵ der Kunstfreiheit, die Interaktion mit Kundschaft beim Betrieb eines Einzelhandelsgeschäfts²⁶ in den Schutzbereich der Berufsfreiheit.

Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt hingegen zwar den „Bereich privater Lebensgestaltung“ auch als soziale Beziehung,²⁷ wurde

²³ BVerfGE 42, 312 (323) – *Kirchliches Amt* [1976]: „Die Freiheit des religiösen Bekenntnisses ist nicht nur die Freiheit des Einzelnen zum privaten Bekenntnis, nicht nur die Freiheit des Einzelnen zum öffentlichen Bekenntnis, nicht nur die Freiheit des Einzelnen zum gemeinsamen öffentlichen Bekenntnis, sondern auch die Freiheit des organisatorischen Zusammenschlusses zum Zwecke des gemeinsamen öffentlichen Bekenntnisses, insbesondere die Freiheit der Kirchen in ihrer historisch gewordenen Gestalt zum Bekenntnis gemäß ihrem Auftrag.“; explizit *Martin Morlok* in: Horst Dreier (Hrsg.) GG, 3. Aufl. 2013, Art. 4 Rn. 87; ebenso *Michael Germann* in: Volker Epping/Christian Hillgruber (Hrsg.) OK GG, 46. Ed. 2021, Art. 4 Rn. 24 (2021); *Ute Mager* in: Ingo von Münch/Philip Kunig/Jörn Axel Kämmerer/Markus Kotzur (Hrsg.) GG, 7. Aufl. 2021, Art. 4 Rn. 44: „kollektive Ausübungsform“ – Aus der Pandemie-Rspr. BVerfG (K), B. v. 29.4.2020 – 1 BvQ 44/20 – *Freitagsgebet*, Rn. 9.

²⁴ BVerfGE 104, 92 (104) – *Sitzblockade Wackersdorf* [2001]: „örtliche Zusammenkünfte mehrerer Personen“; *Otto Depenheuer* in: Theodor Maunz/Günther Dürig/Roman Herzog/Matthias Herdegen/Hans H. Klein (Hrsg.) GG, 2020, Art. 8 Rn. 3 (2020): „Argument des Körpers“ und Rn. 45: „gleichzeitige körperliche Anwesenheit“; *Christoph Gusy* in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck/Peter M. Huber/Andreas Voßkuhle (Hrsg.) GG, 7. Aufl. 2018, Art. 8 Rn. 14: „Personenmehrheit ist Mindestbedingung für das kollektive Handeln“ und Rn. 21 „gemeinsame Präsenz“. – Aus der Pandemie-Rspr. BVerfG (K), B. v. 17.04.2020 – 1 BvQ 37/20, Rn. 20: „gemeinsame körperliche Sichtbarmachung von Überzeugungen, bei der die Teilnehmer in der Gemeinschaft mit anderen eine Vergewisserung dieser Überzeugungen erfahren“; BVerfG (K) v. 15.04.2021 – 1 BvR 828/20.

²⁵ BVerfGE 30, 173 (189) – *Mephisto* [1971]: „dieser ‚Wirkbereich‘, in dem der Öffentlichkeit Zugang zu dem Kunstwerk verschafft wird, ist der Boden, auf dem die Freiheitsgarantie des Art. 5 Abs. 3 GG vor allem erwachsen ist“; BVerfGE 36, 321 (331) – *Schallplattenhersteller* [1974]: „Darbietung und Verbreitung des Kunstwerks, die für die Begegnung mit dem Werk als einem kunstspezifischen Vorgang sachnotwendig ist“; BVerfGE 67, 213 (218) – *Anachronistischer Zug* [1984]; *Fabian Wittreck* in: Horst Dreier (Hrsg.) GG, 3. Aufl. 2013, Art. 5 Abs. 3 Rn. 47. – Für den Wirkbereich der Kunstfreiheit gilt es unter Bedingung der Pandemie, noch stärker herauszuarbeiten, dass die Kunstfreiheit gerade die Begegnung mit dem „Publikum“ als relationale Dimension schützt.

²⁶ Die relationale Dimension wird bei Art. 12 GG bislang allenfalls in Ansätzen erkennbar, vgl. etwa *Jörn Axel Kämmerer* in: Ingo von Münch/Philip Kunig/Jörn Axel Kämmerer/Markus Kotzur (Hrsg.) GG, 7. Aufl. 2021, Art. 12 Rn. 54; *Thomas Mann* in: Michael Sachs (Hrsg.) GG, 8. Aufl. 2018, Art. 12 Rn. 79; *Rüdiger Breuer* Freiheit des Berufs, in: HStR VIII, § 170 Rn. 82.

²⁷ BVerfGE 109, 279 (319) – *Großer Lauschangriff* [2004]; 101, 361 (385 f.) – *Caroline von Monaco II* [1999]; BVerfG (K), NJW 1995, 1477 – *Strafgefangenenpost*: postalischer

aber bislang wohl nicht als Recht auf Begegnung mit Menschen des eigenen Vertrauens interpretiert.²⁸

In ihrer Alltäglichkeit sind zwischenmenschliche Begegnungen ganz überwiegend ohnehin allein durch die allgemeine Handlungsfreiheit in Art. 2 Abs. 1 GG geschützt, etwa Freundschaften, Nachbarschaft oder Teamspirit. Hier zeigt sich nun die besondere Bedeutung eines grundrechtlichen Auffangrechts,²⁹ das wohl nie so wichtig war wie jetzt in der Pandemie.³⁰ In der Konstruktion der allgemeinen Handlungsfreiheit als Auffanggrundrecht bleiben die Freiheitsbetätigungen der Einzelnen in ihrer Bedeutung unbewertet, weil für jeden Unterschiedliches bedeutsam und Teil der eigenen Persönlichkeitsentfaltung – so ja der Wortlaut von Art. 2 Abs. 1 GG – sein kann.³¹ Diese individuelle Relevanz umfasst auch Begegnungen mit anderen Menschen.³² Die relationale Dimension des Auffanggrundrechts unterstellt jede staatliche Beschränkung zwischenmenschlicher Begegnung der grundrechtlichen Rechtfertigungspflicht.

„Verkehr mit Personen besonderen Vertrauens“; Horst Dreier in: Horst Dreier (Hrsg.) GG, 3. Aufl. 2013, Art. 2 I GG 71 m.w.N.; Philip Kunig/Jörn Axel Kämmerer in: Ingo von Münch/Philip Kunig/Jörn Axel Kämmerer/Markus Kotzur (Hrsg.) GG, 7. Aufl. 2021, Art. 2 GG Rn. 58. – Abgehört werden darf dennoch im intimsten Bereich der eigenen Wohnung: BVerfGE 109, 279 – *Großer Lauschangriff* [2004], dazu ebd. 391, Sondervotum Jaeger und Hohmann-Dennhardt: „Wenn aber selbst die persönliche Intimsphäre, manifestiert in den eigenen vier Wänden, kein Tabu mehr ist, vor dem das Sicherheitsbedürfnis Halt zu machen hat, stellt sich auch verfassungsrechtlich die Frage, ob das Menschenbild, das eine solche Vorgehensweise erzeugt, noch einer freiheitlich-rechtsstaatlichen Demokratie entspricht.“

²⁸ Soweit ersichtlich erstmals explizit für eine Einbeziehung in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht Sacksofsky (Fn. 17), 53. – Dass es für die eigenen Persönlichkeit konstitutiv ist, nicht in sozialer Isolation zu leben, ist etwa im Freiheitsentzugsrecht unmittelbar anerkannt, wenn Isolationshaft nur unter schärfsten Bedingungen und höchst ausnahmsweise für begrenzte Zeit zulässig ist. Art. 104 Abs. 4 GG stellt zudem sicher, dass „ein Angehöriger des Festgehaltenen oder eine Personen seines Vertrauens zu benachrichtigen ist“, wenn auf Anordnung oder Fortdauer eine Freiheitsentziehung entschieden wurde.

²⁹ Grundlegend BVerfGE 6, 32 (36 ff.) – *Elfes* [1957], explizit 41: „Sphäre privater Lebensgestaltung“.

³⁰ Relevant ist auch die Geltung für nicht-deutsche Staatsangehörige bei den Deutschen Grundrechten.

³¹ Dies explizit gegen die Auffassung, BVerfGE 80, 137 (164 ff.) – *Reiten im Walde* [1989], Sondervotum Grimm. – Zur Bedeutung des Selbstverständnisses deutlich Martin Morlok Selbstverständnis als Rechtskriterium, 1993, 288 m. Fn. 31.

³² Aus der Pandemierechtsprechung zum Beispiel LVerfG LSA, LVG 4/21 v. 26.03.2021 – LVG 4/21, Rn. 174.

II. Unsicheres Wissen als Grundrechtsproblem in der Pandemie

Für die Grundrechtsprüfung stellt der Umgang mit unsicherem Wissen in der Pandemie eine Herausforderung dar.

1. Pandemiemaßnahmen gegen die Allgemeinheit

Das in der Pandemiebekämpfung zentrale Infektionsschutzgesetz richtet sich nach seiner ursprünglichen Konzeption vor allem an Personen, von denen bereits feststehende oder vermutete Gefahren ausgehen, die mithin gefahrenabwehrrechtlich als infektionsschutzrechtlich Verantwortliche bezeichnet werden können.³³ Sicher oder wahrscheinlich infektiöse Personen sollen separiert werden, damit sie die Infektion nicht weiterverbreiten.

Die Besonderheit der Pandemiemaßnahmen ist, dass sie sich nicht ausschließlich gegen Infizierte oder Infektionsverdächtige richten, sondern ganz überwiegend an die Allgemeinheit. In dieser Allgemeinheit befinden sich drei Gruppen von Personen: Infizierte,³⁴ Immune,³⁵ und nicht Infizierte.

Die Streubreite der Maßnahmen reagiert auf Wissensprobleme: Ungefährliche Personen können nicht zielsicher von virusübertragenden Personen unterschieden werden, weil es nicht erkennbar Infizierte gibt.³⁶ Zugleich wird die Gefahr einer ungebremsen exponentiellen Ausbreitung des Virus³⁷ prognostisch als so gravierend eingeschätzt, dass sehr weitreichende Einschränkungen der physischen Begegnung von Menschen verfügt werden. In der adressierten Allgemeinheit befinden sich gerade deswegen viele infektionsschutzrechtlich nicht Verantwortliche, weil das Risiko einer

³³ § 2 Abs. 1 Nr. 4–7 IfSG: Kranke, Krankheitsverdächtige, Ausscheider, Ansteckungsverdächtige. Dazu *Ralf Poscher* Kap. 4 Das Infektionsschutzgesetz als Gefahrenabwehrrecht, in: Stefan Huster/Thorsten Kingreen (Hrsg.) *Handbuch Infektionsschutzrecht*, 2021, 117–169 (Rn. 3, 98–100); *Kießling*, in: dies. (Hrsg.) IfSG (Fn. 19), § 28a Rn. 18–32.

³⁴ Unerkannt oder erkannt Infizierte.

³⁵ Genesene oder geimpfte Immune.

³⁶ Asymptomatisch Infizierte und während der Inkubationszeit noch nicht erkennbar Infizierte.

³⁷ Das exponentielle Wachstum drückt sich in einem R-Wert über 1 aus, denn die Reproduktionszahl R bezeichnet die Anzahl der Personen, die im Durchschnitt von einem Indexfall angesteckt werden. Liegt diese Ansteckungszahl höher als 1, so steckt eine Person mehr als nur eine andere Person an. Die Ausbreitung der Infektion beschleunigt sich, weil diese Mehrfachinfektion für jede neu infizierte Person gilt. Zur Berechnung bzw. Schätzung des R-Wertes *Matthias an Der Heiden/Osamah Hamouda* Schätzung der aktuellen Entwicklung der SARS-CoV-2-Epidemie in Deutschland – Nowcasting, *Epidemiologisches Bulletin* des RKI 23.04.2020, 10–16.

Verbreitung des Virus gering gehalten werden soll. Bei den Pandemiemaßnahmen handelt es sich überwiegend um Risikoprävention.³⁸

Der Übergang von infektionsschutzrechtlichen Gefahrenabwehrmaßnahmen zur Risikoprävention birgt die spezifische grundrechtliche Problematik, dass die Ausschaltung jeden Risikos auch das Ende jeder Freiheit wäre. Offensichtlich wären am wenigsten Ansteckungen zu besorgen, wenn alle zu Hause blieben und gar keinen Kontakt mehr mit anderen Menschen hätten. Deswegen ist unerlässlich, in der Verhältnismäßigkeitsprüfung jedenfalls eine letzte Grenze zu etablieren, damit nicht ein perfektionistischer Lebens- und Gesundheitsschutz alle Freiheit beendet.³⁹

2. Begründung und dynamisierte Wissensverarbeitung

In der Pandemie werden die Maßnahmen in erster Linie durch die Exekutive auf Basis der Ermächtigungsgrundlagen im Infektionsschutzgesetz erlassen; im November 2020 wurde eine Spezialgrundlage in § 28a IfSG geschaffen.⁴⁰

Das grundrechtliche Verteilungsprinzip verlangt, dass die Pandemiemaßnahmen gerechtfertigt, also begründet werden.⁴¹ Der je aktuelle Wissens-

³⁸ So auch Kießling, in: dies. (Hrsg.) IfSG (Fn. 19), § 28a Rn. 4; Andrea Kießling Was verlangen Parlamentsvorbehalt und Bestimmtheitsgebot? VerfBlog, 04.11.2020 <<https://verfassungsblog.de/was-verlangen-parlamentsvorbehalt-und-bestimmtheitsgebot/>>.

³⁹ Dazu unten III.3.

⁴⁰ Ermächtigungsgrundlage ist §§ 32, 28a, 28 Abs. 1 S. 1, 2 IfSG. § 28a IfSG konkretisiert die allgemeine Ermächtigungsgrundlage des § 28 Abs. 1 S. 1 und 2 IfSG für die Corona-Pandemie. – Hinzutreten ist inzwischen die sogenannte „Bundesnotbremse“ in § 28b Abs. 1 IfSG mit einer Reihe unmittelbarer Maßnahmen, die bei Überschreitung des Inzidenzwertes 100 sofort und ohne weitere Vollzugsentscheidung in Kraft treten. Die unverzügliche Bekanntmachung in geeigneter Form (§ 28b Abs. 1 S. 2–4 IfSG) hat nur deklaratorischen Charakter.

⁴¹ Überwiegend wurden die Pandemiemaßnahmen in Rechtsverordnungen der Landesregierungen erlassen. Dabei handelt es sich um Normsetzung der Exekutive, allgemein dazu Armin von Bogdandy Gubernative Rechtsetzung, 2000. Eine Begründungspflicht bei Rechtsverordnung ist schon vor der Pandemie diskutiert, aber nicht abschließend geklärt worden: Während einerseits Effizienz, Schnelligkeit und Flexibilität der Verordnungsgebung gegen eine Begründungspflicht ins Feld geführt werden, sprechen die Ermöglichung von Kontrolle und Rechtsschutz für eine solche Pflicht, vgl. Hartmut Bauer in: Horst Dreier (Hrsg.) GG, 3. Aufl. 2013, Art. 80 Rn. 47 m.w.N. in Fn. 202. Die Pandemieverordnungen der Landesregierungen mit ihrem gesetzvertretenden Charakter und ihren weitreichenden Eingriffen in verschiedenste Grundrechte führen die grundrechtliche Radizierung einer Begründungspflicht vor Augen: Effektiver Rechtsschutz gegen Grundrechtseingriffe ist nur auf Basis ausreichender Begründungen dieser höchst invasiven staatlichen Maßnahmen überhaupt möglich. Eine nachvollziehbare Begründung wird rein faktisch zudem die Einsicht in die Notwendigkeit der Befolgung der Regeln erhöhen und genügt damit auch

stand muss dabei ebenso berücksichtigt werden wie Erkenntnisse über die Auswirkungen der Maßnahmen. Aus diesem Grunde ist fachliche Beratung der politisch Entscheidenden so relevant.⁴² Um die gebotene Dynamisierung prozedural abzusichern und regelmäßige Evaluationen sicherzustellen, ist die zeitliche Begrenzung der Maßnahmen grundrechtlich geboten.⁴³ Das ist seit November 2020 auch in § 28a Abs. 5 IfSG so festgehalten.

3. Einzelmaßnahmen und Maßnahmenpaket

Kennzeichnend für Pandemiemaßnahmen ist, dass sie in Paketen erlassen werden, die erst in ihrem Zusammenwirken den intendierten Effekt erreichen sollen, die Ausbreitung des Virus zu unterbinden.⁴⁴ Dies stellt eine Herausforderung für die herkömmliche Verhältnismäßigkeitsprüfung

dem Erfordernis, den Einzelnen freizustellen, aus Überzeugung den Rechtsnormen Folge zu leisten und nicht nur aus Furcht vor Sanktionen, wie es sich für demokratisches Recht gehört, vgl. *Jürgen Habermas* Faktizität und Geltung, 1992, 154: „Rechtsnormen müssen aus Einsicht befolgt werden können.“ (Hervorh. i. Orig.).

⁴² Grundlegend *Laura Münkler* Expertokratie, 2020; zur Wissensverarbeitung in der Pandemie *Kersten/Rixen* (Fn. 3), 64–75.

⁴³ Das grundrechtliche Gebot ist durch die Änderung des Infektionsschutzgesetzes durch das Dritte Gesetz zum Schutz der Bevölkerung vor nationaler Tragweite vom 18.11.2020 (BGBl. I 2397) durch § 28a Abs. 5 IfSchG aufgenommen worden. Der Gesetzentwurf der CDU/CSU und SPD (BT-Drs. 19/23944, 12 f.) enthielt ursprünglich keine Befristung. Die Befristung ist erst durch den Ausschuss (BT-Drs. 19/24334, 25) in den Entwurf aufgenommen worden, welcher in der Begründung (74) auf die Bedeutung der Befristung für den Grundrechtsschutz hinweist. Die Befristung war im Gesetzgebungsverfahren von den Sachverständigen *Andrea Kießling* Ausschussdr. 19(14)246(7), 5; *Anika Klafki* Ausschussdr. 19(14)246(9), 7; *Christoph Möllers* Ausschussdr. (19(14)246(15), 8; *Hinnerk Wißmann* Ausschussdr. 19(14)246(12), 2 und *Ferdinand Wollenschläger* Ausschussdr. (19(14)246(20), 31 als Ausdruck des Grundrechtsschutzes angemahnt worden. Auch die mit Wirkung zum 23.04.2021 eingeführte „Bundesnotbremse“ in § 28b Abs. 1 IfSG (BGBl. I, 802) ist, wenn auch unzureichend, in § 28b Abs. 10 IfSG befristet.

⁴⁴ Es geht also um das Zusammenwirken verschiedener Maßnahmen, um einen bestimmten Effekt zu erreichen – etwa die Ausbreitung des Virus zu verhindern, indem physische Kontakte untersagt und typische Ausbreitungswege verboten werden (z.B. *super-spreader events*), regelmäßige Tests auf das Virus stattfinden und Hygienemaßnahmen wie Mund-Nasen-Schutz oder Abstandsregeln gleichzeitig angeordnet werden. Der Blick ist auf das Zusammenspiel der Maßnahmen gerichtet. Aus grundrechtlicher Perspektive kommt es zu beträchtlichen Eingriffen in die Grundrechte, die auf den ersten Blick gewisse Ähnlichkeiten mit „additiven Grundrechtseingriffen“ aufweisen, vgl. zu dieser Figur *Hannah Ruschemeier* Der additive Grundrechtseingriff, 2019; *Alexander Brade* Additive Grundrechtseingriffe, 2020. Letztlich bedarf es des Rückgriffs auf diesen dogmatischen Vorschlag jedoch nicht, weil es nicht um kleine, im Zweifel unbemerkte Einzeleingriffe geringer Schwere handelt, die erst in ihrem Zusammenwirken, ihrer „Addition“, den Eingriff bewirken.

dar, die auf Prüfung von Einzelmaßnahmen gerichtet ist. Gegenwärtig ist ungeklärt, welche Anforderungen an Maßnahmenpakete zu richten sind.⁴⁵

Meines Erachtens muss die Exekutive begründen, warum die Maßnahmen jeweils für sich und ihrem Zusammenspiel für notwendig gehalten werden.⁴⁶ Denn nur auf Grundlage einer solchen Begründung lässt sich überprüfen, ob die Maßnahmen verhältnismäßig sind.⁴⁷ An eine solche Begründung sind keine überspannten Anforderungen zu richten, aber es muss doch deutlich werden, wie sich eine Einzelmaßnahme in das Gesamtkonzept einfügt.⁴⁸

⁴⁵ Das OVG Magdeburg (B. v. 3.9.2020 – 3 R 156/20 [*Prostitutionsverbot*], Rn. 27; B. v. 27.11.2020 – 3 R 226/20 [*Wettannahmestellen*], Rn. 40) hält es für erforderlich, dass sich eine Schutzmaßnahme „schlüssig in dieses [...] aufgestellte Gesamtkonzept einfüg[t]“. Im Anschluss an das OVG Hamburg (B. v. 26.3.2020 – 5 Bs 48/20, Rn. 13) hielt das OVG Lüneburg (B. v. 26.3.2020 – 13 MN 552/20, Rn. 65) – freilich zu einem frühen Zeitpunkt der Pandemie – keine strikte Beachtung des Gebotes „innerer Folgerichtigkeit“ für erforderlich.

⁴⁶ Eine Konzeptpflicht für Bekämpfungsmaßnahmen ergibt sich aus der Verfassung nicht unmittelbar, denn eine solche würde die Einschätzungsprärogative der Exekutiv- und Legislativorgane zu weitreichend beschränken und die Vielfalt der Maßnahmen des Bundes, der Landesregierungen und der Kommunen weitgehend verunmöglichen. Allerdings kann die Rechtfertigung eines Eingriffes in ein Grundrecht von der Einbettung in ein Gesamtkonzept abhängen. So ist die mit der Bundesnotbremse eingeführte nächtliche Ausgangssperre (§ 28b Abs. 1 Nr. 2 IfSG) unverhältnismäßig: der mit ihr verfolgte Zweck (kurzfristige Senkung der Inzidenz unter 100) steht nicht in einem angemessenen Verhältnis zum intensiven Eingriff in vielfältige Freiheitsrechte. Erwägungen zu relevanten Gesichtspunkten einer Konzeptpflicht bei *Johannes Gallon/Anna Katharina Mangold* Rechtsstaatliche Immunabwehr: Verfassungsrechtliche Überlegungen zu den Corona-Maßnahmen anlässlich des „Wellenbrecher-Lockdown“, VerfBlog, 31.10.2020 <<https://verfassungsblog.de/rechtsstaatliche-immunabwehr>>.

⁴⁷ Von diesem Ausgangspunkt her ist nicht überzeugend, Einzelmaßnahmen herauszugreifen und ihre Verhältnismäßigkeit nur jeweils unabhängig voneinander zu prüfen, auch wenn dies die Komplexität der Prüfung deutlich reduzieren würde. A. A. *Dietrich Murswiek* Die Corona-Waage – Kriterien für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit von Corona-Maßnahmen, NVwZ-Extra 5/2021, 1 (14 f.).

⁴⁸ Dies scheint auch die überwiegende und nachvollziehbare Praxis zu sein: Die Gerichte werden wegen Einzelmaßnahmen angerufen, prüfen diese dann jedoch mit Bezug auf die jeweiligen Maßnahmenpakete und deren Konzepte, vgl. etwa OVG Lüneburg, B. v. 3.3.2021 – 13 MN 78/21, Rn. 45, zur Bedeutung der Einzelmaßnahme (Verbot von Erste-Hilfe-Kursen) für das Gesamtkonzept unter Verweis auf abweichende Regelungen in anderen Bundesländern. – Das entspricht einer differenzierten Deutung des Argumentationstos der „Folgerichtigkeit“, die *Mehrdad Payandeh* Das Gebot der Folgerichtigkeit: Rationalitätsgewinn oder Irrweg der Grundrechtsdogmatik?, Archiv des öffentlichen Rechts (AöR) 136 (2011), 578 (612) im Kontext der Freiheitsrechte deutet als Beschreibung des „Einfluss[es] der gesetzgeberischen Gesamtkonzeption auf die Verhältnismäßigkeitsprüfung“. Konstruktive Nähe besteht insoweit auch zu einem Verständnis der „Folgerichtig-

4. Gerichtliche Kontrolle

Die Komplexität der Maßnahmen auf zugleich unsicherer Wissensbasis entzieht die Pakete nicht gerichtlicher Überprüfung. So können die Gerichte außer der Verhältnismäßigkeit zunächst klassisch Form,⁴⁹ Verfahren,⁵⁰ Vereinbarkeit mit der Ermächtigungsgrundlage⁵¹ sowie Kohärenz innerhalb eines Maßnahmenpaketes⁵² kontrollieren.

keit“ als „Ernsthaftigkeitskontrolle“ bei *Philipp Reimer* Verhältnismäßigkeit im Verfassungsrecht, ein heterogenes Konzept, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius (Hrsg.) Verhältnismäßigkeit, 2015, 60–76 (73). Zu Konzeptpflichten in anderen Rechtsgebieten knapp *Wolfgang Hoffmann-Riem* § 10 Eigenständigkeit der Verwaltung, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Abmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.) Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl. 2012, Rn. 117.

⁴⁹ So stellt sich die Frage, ob die in Kommunen verbreiteten Allgemeinverfügungen eigentlich die richtige Handlungsform der Verwaltung sind. Da die Pandemiemaßnahmen als abstrakt-generelle Regelungen wirken, ist die konkret-individuelle Form der Allgemeinverfügung nach § 35 S. 2 VwVfG eigentlich nicht passend. Die Unterscheidung ist nicht rein theoretisch, sondern hat Konsequenzen etwa für die Durchsetzung im Wege der Verwaltungsvollstreckung einerseits, als Gefahrenabwehr andererseits. Zum Ganzen instruktiv und unter Erörterung der rechtstheoretischen Implikationen *Poscher* (Fn. 33), 76–86.

⁵⁰ Zu Delegation und etwaiger Beteiligung der Landesparlamente nach Art. 80 Abs. 4 GG vgl. *Jochen Rauber* Die modifizierende Subdelegation von Verordnungsermächtigungen durch verordnungsvertretendes Gesetz, *VerwArch* 2021 205–234.

⁵¹ Beispiele für Überschreitungen der Grenzen der Ermächtigungsgrundlage aus der Pandemierechtsprechung: zu Alkoholverboten VGH München, B. v. 19.01.2021 – 20 NE 21.76, Rn. 25 ff.; OVG Berlin-Brandenburg, B. v. 05.02.2021 – OVG 11 S 10/21, Rn. 12; zu Ausgangsbeschränkungen VGH Mannheim, B. v. 05.02.2021 – 1 S 321/21, Rn. 30; zu Versammlungsverboten OVG Münster, B. v. 30.12.2020 – 13 B 2070/20.NE, Rn. 30 ff.; zum Feuerwerksverbot OVG Lüneburg, B. v. 18.12.2020 – 13 MN 568/20, Rn. 35–37; zur Testpflicht für Grenzpendler*innen VGH München, B. v. 24.11.2020 – 20 NE 20.2605, Rn. 26–30; zur Sonntagsöffnung von Ladengeschäften als Schutzmaßnahme i.S.d. IfSG OVG Münster, B. v. 24.11.2020 – 13 B 1712/20.NE, Rn. 27; zum Veranstaltungs- und Beherbergungsverbot LVerfG LSA, U. v. 26.03.2021 – LVG 25/20, Rn. 67–68, dort auch generell Rn. 61–65; zu Betriebsschließungen VGH Mannheim, B. v. 23.2.2021 – 1 S 467/21, Rn. 30–34.

⁵² Z. B. Entscheidungen OVG Münster, B. v. 19.03.2021 – 13 B 252/21.NE; OVG Saarland, B. v. 09.03.2021 – 2 B 58/21. – Abzugrenzen ist ein solches Erfordernis der Kohärenz innerhalb eines Maßnahmenpaketes von den inhaltlich verwandten verfassungsgerichtlichen Argumentationstopoi der „Folgerichtigkeit“ und „Systemgerechtigkeit“ (dazu bereits oben Fn. 48). Aufschlussreich zu diesen bekannten vorpandemischen Konzepten *Sigrid Boysen* in: Ingo von Münch/Philip Kunig/Jörn Axel Kämmerer/Markus Kotzur (Hrsg.) GG, 7. Aufl. 2021, Art. 3 Rn. 85. Bei den Pandemiemaßnahmenpaketen geht es im Unterschied zu jenen um Bindung der Exekutive, nicht der Legislative. Letztlich fordert das Kohärenzgebot innerhalb eines Maßnahmenpaketes nur die Angabe von sachlichen Gründen für Unterscheidungen, weshalb es sich um bloße Willkürkontrolle handelt, ohne dass weiterreichende Anforderungen zu stellen wären.

Anzuerkennen ist jedenfalls, dass die exekutivischen Abwägungsvorgänge überwiegend prognostischer Natur sind. Die Gerichte dürfen neuere oder bessere Erkenntnisse als die Exekutivorgane zwar verwenden, sofern verfügbar. Bei Unaufklärbarkeit muss der Exekutive aber eine Einschätzungsprärogative zugestanden werden.⁵³ Begründet werden kann diese epistemisch, funktional sowie legitimatorisch: Die Verwaltung verfügt über die institutionelle Möglichkeit zur Einbindung von Fachwissen in die Entscheidungsprozesse und hat gerade die gesetzliche Aufgabe, Gefahren auch auf prognostischer Basis effektiv abzuwehren.⁵⁴

III. Die Verhältnismäßigkeit der Pandemiemaßnahmen

Die Verhältnismäßigkeit strukturiert und rationalisiert die Prüfung von Grundrechtseingriffen.

1. Der Zweck der Pandemiemaßnahmen

Die Pandemiemaßnahmen dienen entweder unmittelbar dem Schutz von Leben und Gesundheit der Einzelnen oder verfolgen diesen Zweck mittelbar, wenn eine Überlastung des Gesundheitssystems verhindert⁵⁵ oder die Nachverfolgbarkeit von Infektionsketten zum Schutz vor weiteren Infektionen sichergestellt werden soll.⁵⁶ Die Politik kann alle drei Zwecke der Pan-

⁵³ Ähnlich zu „außerrechtlichen naturschutzfachlichen Kriterien“ BVerfGE 149, 407 (413 Rn. 17) – *Rotmilan* [2018].

⁵⁴ Es überrascht vor diesem Hintergrund nicht, dass die Verwaltungsgerichte in der weit überwiegenden Zahl der Fälle die Maßnahmen im einstweiligen Rechtsschutz aufrechterhalten haben. Die Maßnahmen wurden bis zur „Bundesnotbremse“ überwiegend in Rechtsverordnungen der Landesregierungen geregelt, gegen die nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO in allen Bundesländern mit Ausnahme von Hamburg und Berlin Normenkontrollen möglich sind. Zuständig dafür sind die Oberverwaltungsgerichte und Verwaltungsgerichtshöfe.

Von 291 am 29.04.2021 in der Datenbank *juris* veröffentlichten Entscheidungen im Zeitraum vom 19.11.2020–31.03.2021 (also vom Erlass des 3. BevSchG bis kurz vor dem Erlass des 4. BevSchG), waren nur 29 erfolgreiche einstweilige Normenkontrollanträge.

⁵⁵ So etwa für den mit Wirkung zum 22.04.2021 neu eingefügten § 28b Abs. 1 IfSG (BGBl. I, 802) in der Gesetzesbegründung BT-Drs. 19/28444, S. 8: „Oberstes Ziel ist es, die weitere Verbreitung des Virus zu verlangsamen sowie das exponentielle Wachstum zu durchbrechen, um eine Überlastung des Gesundheitssystems insgesamt zu vermeiden und die medizinische Versorgung bundesweit sicherzustellen.“

⁵⁶ *Kießling*, in: dies. (Hrsg.) IfSG (Fn. 19), § 28a Rn. 17–22 mit Kritik an der Unbestimmtheit dieser Zwecke für eine Verhältnismäßigkeitsprüfung, insbesondere an dem Zweck „Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems“ (Rn. 20); vgl. auch die Darstellung bei *Kersten/Rixen* (Fn. 3), 95–97.

demiemaßnahmen vorgeben.⁵⁷ Der Schutz von Leib und Leben als zentrale Staatsaufgabe kann Grundrechtseingriffe rechtfertigen.⁵⁸

2. Zunehmende Zielgerichtetheit der Maßnahmen

Die Erforderlichkeit verlangt den Einsatz der jeweils mildesten Mittel bei gleicher Eignung, was wiederum Prognosen erfordert. Die Risikoprävention muss so zielgerichtet wie möglich erfolgen. Personen, die andere noch nicht oder nicht mehr infizieren können, dürfen nur Adressaten grundrechtsbeschränkender Maßnahmen sein, wenn nicht mildere Mittel ergriffen werden können.⁵⁹ Ein aktueller Testnachweis,⁶⁰ dass keine Anste-

⁵⁷ Allgemein zu den mit Grundrechtseingriffen verfolgten Zwecken *Jakob Hohnerlein* Legitime Ziele von Grundrechtseingriffen. Konformitätspflichten zwischen Staatsverständnissen und Dogmatik, *Der Staat* 56 (2017), 227–254.

⁵⁸ Es kommt hingegen nicht darauf an, solche Zwecke aus der Verfassung abzuleiten: BVerfGE 69, 1 (58 ff.) – *Kriegsdienstverweigerung II* [1985], Sondervotum *Böckenförde* und *Mahrenholz*, besonders 63: „Es gehört zu deren Grundidee [i.e. der demokratisch-rechtsstaatlichen Verfassung, AKM], daß das politisch organisierte Volk als solches befugt ist, zur Wahrnehmung der anfallenden öffentlichen Aufgaben zu handeln. Die Verfassung bestimmt hierzu die Organe und regelt deren Konstituierung, teilt ihnen Aufgaben und Funktionen zu, schreibt das Verfahren vor und legt insbesondere Richtpunkte und Grenzen für das staatliche Handeln gegenüber dem Einzelnen fest, letzteres vor allem in den Grundrechten als Freiheitsrechten.“ Vgl. auch *Philipp Reimer* „... und machet zu Jüngern alle Völker“? Von „universellen Verfassungsprinzipien“ und der Weltmission der Prinzipientheorie der Grundrechte, *Der Staat* 52 (2013), 27 (34 ff.); *Benjamin Rusteberg* Subjektives Abwehrrecht und objektive Ordnung, in: Thomas Vesting/Stefan Koriath/Ino Augsberg (Hrsg.) *Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung*, 2014, 87 (93 ff.).

⁵⁹ Dieser Schritt der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist insbesondere gegen die mit der „Bundesnotbremse“ eingeführte nächtliche Ausgangssperre in § 28b Abs. 1 Nr. 2 IfSG ins Feld geführt worden. Zugrunde liegt der Gedanke, dass die nächtlichen Ausgangssperren als besonders grundrechtsinvasive Maßnahmen nur als ultima ratio zulässig seien, so etwa VGH Mannheim, B. v. 05.02.2021 – 1 S 321/21; OVG Lüneburg, B. v. 06.04.2021 – 13 ME 166/21. Dann aber gilt mit besonderer Strenge darauf zu achten, dass mildere, mindestens gleich geeignete Mittel ergriffen werden, bevor die nächtliche Ausgangssperre angeordnet wird. Da im April 2021 nicht ersichtlich war, dass im Arbeitsleben bereits auch nur die einfach möglichen und besonders naheliegenden Möglichkeiten erschöpft gewesen wären wie eine effektiv durchgesetzte Home-Office-Pflicht, Maskenpflicht an Arbeitsstellen, insbesondere in Großraumbüros, und regelmäßige Testpflicht im Betrieb, erschienen die nächtlichen Ausgangssperren als nicht erforderlich. Dementsprechend wurden eine ganze Vielzahl von Verfassungsbeschwerden eingelegt, darunter auch eine von mir verfasste (1 BvR 805/21).

⁶⁰ Der Test muss noch Aussagekraft dahingehend haben, dass eine Person nicht mehr ansteckend ist. Je länger der Test zurückliegt, desto weniger Aussagekraft hat er für die aktuelle Ansteckungsgefahr, die potentiell von einer Person ausgeht. Die Dauer der Gültig-

ckungsgefahr vorliegt, ist regelmäßig das mildere Mittel gegenüber einer Grundrechtsbeschränkung.⁶¹

Die politische, mediale und gesellschaftliche Debatte um sogenannte Privilegien für Geimpfte ist aus grundrechtlicher Sicht hingegen verfehlt, weil sie das grundrechtliche Verteilungsprinzip auf den Kopf stellt. Auch sonst gilt ja nicht der Grundsatz, dass Freiheitsrechte erst genossen werden dürfen, wenn alle anderen auch die Möglichkeit dazu haben.

Denkbar sind aber andere Begründungen für die Aufrechterhaltung von Maßnahmen gegenüber Immunen. Die Maßnahmen sind für ihre Effektivität in erster Linie darauf angewiesen, dass die Einzelnen sie aus Überzeugung von ihrer Richtigkeit einhalten. Kapazitäten für flächendeckende und differenzierte staatliche Kontrollen fehlen schlichtweg.⁶² Für die Überzeugung von der Richtigkeit ist es relevant, dass die Regeln von allen sichtbar eingehalten werden, wie etwa Maskenpflicht oder Abstandsgebote in der Öffentlichkeit.

keit bewegt sich zwischen 24 und 48 Stunden. Zu beachten ist auch, dass unterschiedliche Tests unterschiedliche Aussagekraft haben und ihre Validität zudem von korrekter Handhabung abhängt.

⁶¹ Schon im September 2020 hat sich der Deutsche Ethikrat mit dem Für und Wider eines Immunitätsnachweises befasst, vgl. *Deutscher Ethikrat* Immunitätsbescheinigungen in der Covid-19-Pandemie, 22. September 2020. Nicht in allen Teilen dieser Stellungnahme findet sich die Einsicht in die gebotene Rücknahme von Grundrechtseingriffen oder jedenfalls das Erfordernis alternativer Rechtfertigungen für ihre Aufrechterhaltung.

⁶² Die Pandemiemaßnahmen bergen ein fortwährendes Kontrolldefizit, weil sie sich an die gesamte Bevölkerung gleichzeitig wenden und Änderungen in alltäglichen Verhaltensweisen verlangen. Die Maßnahmen sind deswegen rein tatsächlich auf massenweise Befolgung auch ohne Kontrolle angewiesen. Das erfordert mit *Luhmann* eine Stabilisierung normativer Verhaltenserwartung, vgl. *Niklas Luhmann* Das Recht der Gesellschaft, 1993, 131 f.: „Das Recht ermöglicht es, wissen zu können, mit welchen Erwartungen man sozialen Rückhalt findet, und mit welchen nicht. [...] Damit ist das Recht aber auch anfällig für symbolisch vermittelte Vertrauenskrisen. Wenn Recht nicht mehr respektiert oder nicht mehr, so weit möglich, durchgesetzt wird, reichen die Folgen weit über das hinaus, was als Rechtsbruch unmittelbar vorliegt, und das System muß auf sehr viel unmittelbarere Formen der Vertrauenssicherung zurückgreifen.“ Weil die Pandemiemaßnahmen jung und weitreichend, teilweise auch radikal in ihrem Brechen mit vorherigen Verhaltensweisen sind, ist die Stabilisierung von Verhaltenserwartungen von besonderer Bedeutung. Eine Formalisierung der einzuhaltenden Regelungen kann zur Kontroll erleichterung beitragen und so das Vertrauen in die Pandemiemaßnahmen und ihre Befolgung sicherstellen. – Diese Erwägung ist zu unterscheiden vom Anspruch auf gleichmäßigen Gesetzesvollzug im Steuerrecht, der als Vorwirkung der Rechtsanwendung zu begreifen ist, dazu *Boysen* (Fn. 52), Art. 3 Rn. 96 f., während es bei der gleichmäßigen Beachtung der Pandemieregeln um eine Effizienzerwägung geht.

3. Angemessenheit und Wesensgehalt der Grundrechte

Bei den Pandemiemaßnahmen muss für die Bemessung der Schwere der Eingriffe die Vielzahl der gleichzeitig betroffenen Grundrechte wie auch die zeitliche Dauer der Einschränkungen berücksichtigt werden. Schwere und Dauer der Grundrechtseingriffe beeindrucken das exponentielle Wachstumspotential des Virus leider überhaupt nicht. Deswegen können die Maßnahmen auch nach langer Zeit noch erforderlich sein, ihre Angemessenheit muss aber streng geprüft werden.

Die Abwägung der Schwere von Grundrechtseingriffen mit der Bedeutung der durch die Maßnahmen verfolgten Zwecke ist von der Vorstellung einer Kollision von Werten getragen⁶³ und impliziert grundsätzlich Kommensurabilität der abzuwägenden Werte⁶⁴. Schon lange richtet sich gegen diese Vorstellung fundamentale Kritik und es sollte hellhörig machen, dass sie auch 64 Jahre nach der *Lüth*-Entscheidung⁶⁵ nicht verstummt ist.⁶⁶ Das angelegte Problem wurde bereits im *Apotheken*-Urteil hellsichtig formuliert: Auch die Wahl des „größten und radikalsten Mittels“ kann gerechtfertigt werden, wenn der verfolgte Zweck nur „ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut“ ist.⁶⁷

Es gibt viele Vorschläge, wie diesem Grundproblem zu entkommen sei.⁶⁸ Bei einigen Pandemiemaßnahmen ist der Wesensgehalt der Grundrechte nach Art. 19 Abs. 2 GG heranzuziehen, um Inkommensurabilität sicherzustellen.⁶⁹ Dogmatisch bedeutet dies, eine vollständige Beschrän-

⁶³ Benjamin Rusteberg Grundrechtsdogmatik als Schlüssel zum Verhältnis von Gemeinschaft und Individuum, in: 52. Assistententagung Öffentliches Recht (Hrsg.) Kollektivität – Öffentliches Recht zwischen Gruppeninteressen und Gemeinwohl, 2012, 13–33 (16).

⁶⁴ Zur wertphilosophischen Einbettung der zugrundeliegenden Denkfigur Ernst-Wolfgang Böckenförde Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts, in: Ernst-Wolfgang Böckenförde (Hrsg.) Recht, Staat, Freiheit, 1991, 67–91.

⁶⁵ BVerfGE 7, 198 – *Lüth* [1957].

⁶⁶ Nachhaltige Kritik an der Vorstellung von Grundrechten als abwägungsfähigen Rechten, die mit „Gütern von Verfassungsrang“ abgewogen werden können, besonders eindrücklich am Beispiel der vorbehaltlos gewährten Grundrechte bei Ernst-Wolfgang Böckenförde Die Methoden der Verfassungsinterpretation: Bestandsaufnahme und Kritik, NJW 1976, 2089–2099. Diesen Ansatz hat entfaltet Benjamin Rusteberg Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt, 2009. Der Text des Grundgesetzes mit seinen differenzierten Schrankenregimen wird dabei gegen nivellierende Verständnisse verteidigt, so mit kritischer Stoßrichtung Reimer (Fn. 48), 70.

⁶⁷ BVerfGE 7, 377 (408). Vgl. Rusteberg (Fn. 63), 17.

⁶⁸ Hellsichtig die Darlegung abwägungsimmanenter wie -externer Lösungsansätze bei Rusteberg (Fn. 63).

⁶⁹ So auch Mathias Hong B. Die Versammlungsfreiheit, in: Wilfried Peters/Norbert Janz (Hrsg.) Handbuch Versammlungsrecht, 2. Aufl. 2021 (i. V.), Rn. 57a–57c: Wesensgehaltsga-

kung der Freiheitsrechte zu verhindern, indem der Wesensgehalt für inkomensurabel, nicht abwägbar erklärt wird.⁷⁰

Meines Erachtens müssen wir gerade bei den relationalen Freiheiten über eine Verletzung des Wesensgehalts sprechen, derjenigen Freiheiten also, mit anderen Menschen bedeutsame Beziehungen zu pflegen, die physische Begegnungen beinhalten:⁷¹

- die vollständigen Betretungsverbote in Alters- und Pflegeheimen, die einsame Tode nach sich zogen;
- die Verbote, haushaltsfremde Personen zu treffen, die sich auf Alleinstehende desaströs auswirken können;
- das Verbot, die eigenen Eltern oder Kinder zu treffen, wenn diese in einem anderen Haushalt leben;
- das Verbot, nichteheliche Partnerschaften in zwei Haushalten aufrechterhalten oder Einreiseverbote für im Ausland lebende nichteheliche Partner.

Trotz aller damit einhergehenden Risiken dürfen Menschen nicht jeder physischen Begegnung mit ihnen nahestehenden Personen beraubt werden. Im Laufe der Pandemie hat sich glücklicherweise größere Sensibilität für diese bislang implizite relationale Grundrechtsdimension eingestellt.

IV. Gleiche Freiheit

Die Pandemiemaßnahmen sind sehr breit gestreut und erfassen vielfach wenig spezifisch die gesamte Bevölkerung. Wo Maßnahmen verschiedene Personengruppen unterschiedlich betreffen, sind Gleichheitsfragen zu beantworten.⁷² Allmähliche Lockerungen von Maßnahmen führen zu Differenzierungen und damit zu Gleichheitsfragen.⁷³

rantie als Stoppregel in der Angemessenheitsprüfung auf der Basis zweier einstweiliger Anordnungen des BVerfG im April 2020: BVerfG (K), B. v. 17.04.2020 – 1 BvR 829/20. Hinweise auf die Wesensgehaltsgarantie auch in BVerfG (K), B. v. 29.04.2020 – 1 BvQ 44/20 – *Freitagsgebet*. Implizit vorausgesetzt in VGH München, B. v. 19.01.2021 – 20 NE 21.76, Rn. 52.

⁷⁰ *Hong* (Fn. 69), Rn. 57c; ebenfalls für die Versammlungsfreiheit sehr differenziert *Berit Völmann* Versammlungsfreiheit in Zeiten von Pandemien, DÖV 2020, 893–904 (902).

⁷¹ Diese sind wie oben unter II.3. ausgeführt teils spezialgesetzlich, teils im Allgemeinen Persönlichkeitsrecht, teils im Auffanggrundrecht geschützt.

⁷² Mit dem spezifischen Gleichheitsproblem, dass eine Angleichung nach oben (weniger Beschränkung) oder unten (Beschränkungen für alle) erfolgen kann: Außervollzugsetzung der Schließung der Fitnessstudios aufgrund von Ungleichbehandlung mit dem eingeschränkten Betrieb von Sportanlagen und -hallen durch Bayerischer Verwaltungsgerichts-

1. *Massenhafte und unspezifische Maßnahmen*

Typischerweise werden unterschiedliche Betroffenheiten in Gesetzgebungsverfahren berücksichtigt und zu einem Ausgleich gebracht.⁷⁴ Die Pandemiemaßnahmen werden hingegen vielfach nicht als Gesetze, sondern als exekutivische Regelungen erlassen. Die Rechtsverordnungen der Länderregierungen wirken faktisch wie Gesetze, durchlaufen jedoch – auch wegen der Regelungsgeschwindigkeit – nicht die für Gesetze üblichen transparenten und partizipativen Prozesse,⁷⁵ in denen unterschiedliche Interessen und Sichtweisen eingebracht werden können.

2. *Angemessenheit: Unterschiedliche Maßstäbe*

Die Einzelnen, an die sich die Maßnahmen regelmäßig unterschiedslos wenden, befinden sich in unterschiedlichen Lebenslagen.⁷⁶ Deswegen wirken sich die Maßnahmen sehr unterschiedlich auf sie aus. Ein Kontaktverbot mit haushaltsfremden Personen wirkt sich auf Alleinstehende stärker aus als auf Mehrpersonenhaushalte. Kita- und Schulschließungen betreffen Eltern und Kinderlose unterschiedlich.

Die unterschiedlichen faktischen Betroffenheiten haben Auswirkung auf die Bewertung der Angemessenheit von Maßnahmen.⁷⁷ Das ist keineswegs

hof, B. v. 12.11.2020 – 20 NE 20.2463 und daraufhin Schließung aller Sportanlagen und Fitnessstudios durch VO v. 12.11.2020 (BayMBL 2020 Nr. 639); vgl. auch OVG Münster, B. v. 19.03.2021 – 13 B 252/21.NE und VO v. 22.03.2021 (GV NRW 271a). – Allgemein zum Rechtsfolgenregime bei Gleichheitsverstößen *Boysen* (Fn. 52), Art. 3 Rn. 113 f.

⁷³ S. bereits oben Fn. 52: inkonsistente Öffnungskonzepte ohne sachliche Unterscheidungsgründe in Nordrhein-Westfalen und dem Saarland.

⁷⁴ *Lepsius* (Fn. 3), 260.

⁷⁵ Dies auch wegen der Geschwindigkeit der Anpassungen der Rechtsverordnungen an das pandemische Geschehen.

⁷⁶ Erste Ansätze zu einer Erstreckung des Gedankens einer Kompensation faktischer Gleichheitsdefizite finden sich bei *Andreas Voßkuhle* Das Kompensationsprinzip, 1999, 27 ff., freilich nicht explizit als Verbindung von Freiheitsrechten und Gleichheit in „gleicher Freiheit“.

⁷⁷ Damit wird ein Element der Gleichheitsprüfung in die Verhältnismäßigkeitsprüfung importiert, was der engen Verknüpfung von Freiheit und Gleichheit als „gleicher Freiheit“ Rechnung trägt. Bislang ist eher der umgekehrte Weg gewählt worden, indem die Verhältnismäßigkeitsprüfung auf den Gleichheitssatz übertragen wurde; speziell zu den Diskriminierungsverboten *Susanne Baer/Nora Markard* in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck/Peter M. Huber/Andreas Voßkuhle (Hrsg.) GG, 7. Aufl. 2018, Art. 3 II, III Rn. 404. Allgemein zur engen Verwobenheit von Würde, Freiheit und Gleichheit *Susanne Baer* Dignity, Liberty, Equality: A Fundamental Rights Triangle of Constitutionalism, Uni-

ein neuer Gedanke, man denke an die *Pflichtexemplar*-Entscheidung⁷⁸: Für kleine Verlage mit geringer Auflage ist die Abgabe eines teuren Bildbandes schwerer zu finanzieren als für einen großen Verlag, und dieser unterschiedlichen Betroffenheit muss in der Verhältnismäßigkeitsprüfung Rechnung getragen werden.⁷⁹ Nach dieser Logik können sich konkrete Pandemiemaßnahmen also gegenüber manchen Adressierten als angemessen erweisen, während sie gegenüber anderen unangemessen sind.⁸⁰

3. Lösung: Kompensation und Differenzierung

Die *Pflichtexemplar*-Entscheidung ermöglicht die Lösung des Problems durch Kostenerstattung,⁸¹ welche die Verhältnismäßigkeit der Inhalts- und Schrankenbestimmung herstellt. Für nicht wenige Pandemiemaßnahmen ist dieser Weg des „Dulde und Liquidiere“ tatsächlich gewählt worden, indem staatliche Hilfen in Aussicht gestellt wurden – die dann freilich auch ausbezahlt werden müssen.

Dieser Weg der Monetarisierung steht gerade bei Eingriffen in die relationalen Freiheitsrechte nicht offen: Die versagte Zeit mit anderen Menschen kann nicht ersetzt werden. Hier folgt aus der Unangemessenheit die Notwendigkeit einer Differenzierung, die unterschiedliche Betroffenheiten hinreichend berücksichtigt, also die Pflicht zu hinreichender Differenzierung als freiheitsrechtliches Gebot. Es zeigt sich die enge Verknüpfung von grundrechtlicher Freiheit und Gleichheit.

Solange die Pandemiemaßnahmen überwiegend noch immer grobkörnig sind, können unangemessene Konsequenzen von Maßnahmen im Rahmen der Angemessenheitsprüfung von Freiheitsrechten als ungleiche Belastung geltend gemacht werden.⁸² Das gilt besonders für relationale Freiheiten.

versity of Toronto Law Journal 59 (2009), 417–468; zum Spezialitätsverhältnis zwischen Freiheits- und Gleichheitsprüfung mit Betonung der „Selbständigkeit“ Boysen (Fn. 52), Art. 3 Rn. 206.

⁷⁸ BVerfGE 58, 137 (150) – *Pflichtexemplar* [1981].

⁷⁹ Klar formuliert bei Christian Bumke/Andreas Voßkuhle Casebook Verfassungsrecht, 7. Aufl. 2015, Rn. 454.

⁸⁰ Anders als bei dem bekannten Problem der allzu groben Typisierung, die Ausnahmefälle nicht hinreichend bedenkt, geht es bei den Pandemiemaßnahmen von vorneherein um unterschiedslose Maßnahmen, es fehlt also gerade an jeder Typisierung.

⁸¹ Als eine von verschiedenen Möglichkeiten zur Behebung der Verfassungswidrigkeit: BVerfGE 58, 137 (152) – *Pflichtexemplar* [1981].

⁸² Konsequenz dieses Prozesses sind die differenzierten Ausnahmeregelungen in den Rechtsverordnungen. Als Folgeproblem werden die Rechtsverordnungen immer komplexer und es stellen sich zunehmend Gleichheitsfragen. Die erste Regelung in Schleswig-Hol-

Schluss

In der Pandemie werden bekannte Grundrechtsfragen neu beleuchtet. Das Grundrechtssubjekt tritt in seinen vielfältigen sozialen Einbindungen hervor als relationales Subjekt. Bei der Prüfung von Grundrechtseingriffen muss der Prognosecharakter der Pandemiemaßnahmen anerkannt werden. Die Maßnahmen müssen so zielgerichtet als möglich ausgestaltet werden und dürfen insbesondere nicht den Wesensgehalt der relationalen Freiheiten antasten.

Die Maßnahmen treffen die Einzelnen in unterschiedlichen Lebenslagen und deswegen unterschiedlich stark. Das kann zur Unverhältnismäßigkeit einer Maßnahme gegenüber manchen Personen führen, während dieselbe Maßnahme gegenüber anderen Personen verhältnismäßig ist.

Die Pandemie rückt diese intrinsische Verknüpfung von Freiheit und Gleichheit ebenso ins Licht wie die Bedeutung relationaler Freiheit.

stein etwa passte insgesamt auf eine Seite des Gesetzesblatts, vgl. Landesverordnung über Maßnahmen zur Bekämpfung der Ausbreitung des neuartigen Coronavirus SARS-CoV-2 in Schleswig-Holstein, 2020 v. 17.03.2020, GVBl. SH v. 19. März 2020, 158. Ein Jahr später umfasst sie 23 Seiten und hat eine amtliche Abkürzung (Corona-BekämpfVO), vgl. Landesverordnung zur Bekämpfung des Coronavirus SARS-CoV-2, v. 6.03.2021, Ersatzverkündung unter <<https://www.schleswig-holstein.de/DE/Schwerpunkte/Coronavirus/Erlasse/210306Corona-Bekaempfungsverordnung.html>>.

Leitsätze der Referentin über:

1. Relationale Freiheit. Grundrechte in der Pandemie

Vorrede

1. Situiertheit

(1) Gerade in der Pandemie gilt es, unterschiedliche Situiertheiten zu reflektieren.

2. Erwartungen an die Grundrechte: Grundrechtliches Verteilungsprinzip

(2) Mit Ernst-Wolfgang Böckenförde können Verfassung und Grundrechte als Rahmenordnung beschrieben werden, innerhalb derer weiter Raum für politische Entscheidungen verbleibt. Vorgaben für den Umgang mit der Pandemie können nicht unmittelbar aus den Grundrechten deduziert werden.

(3) Das von Carl Schmitt beschriebene rechtsstaatliche – vorzugswürdig: grundrechtliche – Verteilungsprinzip verlangt, dass der Staat alle Eingriffe in die Grundrechte rechtfertigt. Weil dieses Prinzip gilt, gibt es in dieser Pandemie keinen Ausnahmezustand, und die Grundrechte sind nicht „aufgehoben“.

3. Argumentationsgang

(4) Die überkommene Dogmatik erlaubt im Wesentlichen die Verarbeitung der auftretenden Grundrechtsfragen, verlangt aber, bislang implizite Dimensionen der Grundrechte zu explizieren.

I. Das Grundrechtssubjekte in der Pandemie

1. Autonomie, Eigen- und Fremdgefährdung

(5) In der Pandemie bergen Begegnungen mit anderen Menschen das Risiko der Fremdgefährdung, entweder durch Ansteckung anderer oder, im Falle eigener Erkrankung, durch die Inanspruchnahme von Kapazitäten des Gesundheitssystems. Das gilt nur für steril Immune nicht.

2. Relationale Einbettung der Einzelnen

(6) Die Einzelnen sind vielfältig aufeinander angewiesen und eingebettet in soziale Beziehungen. Das autonome Subjekt ist ein relationales Subjekt, das sich erst in Beziehungen zu und mit anderen entfaltet.

3. Relationale Dimension der Grundrechte

(7) Die Grundrechte anerkennen diese relationale Dimension der Grundrechte bislang implizit. In der Pandemie ist es nötig, die bislang implizite relationale Dimension der Grundrechte explizit zu machen.

(8) Neben speziellen grundrechtlichen Gewährleistungen schützt vor allem die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG alltägliche zwischenmenschliche Beziehungen. Hier zeigt sich die besondere Bedeutung eines grundrechtlichen Auffangrechts, das die Freiheitsbetätigungen der Einzelnen in ihrer Bedeutung unbewertet lässt und auch relationale Freiheit schützt.

II. Unsicheres Wissen als Grundrechtsproblem in der Pandemie

1. Pandemiemaßnahmen gegen die Allgemeinheit

(9) Die Pandemiemaßnahmen richten sich überwiegend an die Allgemeinheit, die drei Gruppen von Personen umfasst: Infizierte, Immune und nicht Infizierte.

(10) Die Streubreite der Maßnahmen reagiert auf Wissensprobleme: Ungefährliche Personen können nicht zielsicher von virusübertragenden Personen unterschieden werden, und die Gefahr einer ungebremsen exponentiellen Ausbreitung des Virus kann nur prognostisch bewertet werden. Deswegen erfolgt die Pandemiebekämpfung vorwiegend als Risikoprävention.

(11) Die Ausschaltung jeden Risikos aber wäre auch das Ende jeder Freiheit. Deswegen ist unerlässlich, in der Verhältnismäßigkeitsprüfung

eine letzte Grenze zu etablieren, damit nicht ein perfektionistischer Lebens- und Gesundheitsschutz alle Freiheit beendet.

2. Begründung und dynamisierte Wissensverarbeitung

(12) Das grundrechtliche Verteilungsprinzip verlangt, dass die exekutivischen Pandemiemaßnahmen gerechtfertigt, also begründet werden.

(13) Der je aktuelle Wissenstand muss dabei ebenso berücksichtigt werden wie Erkenntnisse über die Auswirkungen der Maßnahmen.

(14) Um die gebotene Dynamisierung prozedural abzusichern, ist die zeitliche Begrenzung der Maßnahmen grundrechtlich geboten.

3. Einzelmaßnahmen und Maßnahmenpaket

(15) Die in der Pandemiebekämpfung üblichen Maßnahmenpakete fordern die herkömmliche Verhältnismäßigkeitsprüfung heraus, die auf Prüfung von Einzelmaßnahmen gerichtet ist.

(16) Nur auf Grundlage einer doppelten Begründung der Maßnahmen, je für sich und in ihrem Zusammenspiel, lässt sich überprüfen, ob die Maßnahmen verhältnismäßig sind. An eine solche Begründung sind keine überspannten Anforderungen zu richten, aber sie müssen ein Gesamtkonzept erkennen lassen.

4. Gerichtliche Kontrolle

(17) Die Komplexität der Maßnahmen auf zugleich unsicherer Wissensbasis entzieht die Maßnahmenpakete nicht gerichtlicher Überprüfung. Insbesondere können die Gerichte außer der Verhältnismäßigkeit klassisch Form, Verfahren, Vereinbarkeit mit der Ermächtigungsgrundlage sowie Kohärenz innerhalb eines Maßnahmenpaketes kontrollieren.

(18) Angesichts der prognostischen Natur der Abwägungsvorgänge hat die Exekutive eine Einschätzungsprärogative, die epistemisch, funktional sowie legitimatorisch begründet werden kann: Die Exekutive verfügt über die institutionelle Möglichkeit zur Einbindung von Fachwissen in die Entscheidungsprozesse und hat gerade die gesetzliche Aufgabe, Gefahren auch auf prognostischer Basis effektiv abzuwehren.

III. Die Verhältnismäßigkeit der Pandemiemaßnahmen

1. Der Zweck der Pandemiemaßnahmen

(19) Die Pandemiemaßnahmen dienen entweder unmittelbar dem Schutz von Leben und Gesundheit der Einzelnen oder verfolgen diesen Zweck mittelbar, indem eine Überlastung des Gesundheitssystems verhindert oder die Nachverfolgbarkeit von Infektionsketten zur Verhinderung weiterer Infektionen sichergestellt werden soll.

(20) Der Schutz von Leib und Leben ist ein legitimer Zweck staatlichen Handelns, der Grundrechtseingriffe rechtfertigen kann.

2. Zunehmende Zielgerichtetheit der Maßnahmen

(21) Die pandemische Risikoprävention muss so zielgerichtet wie möglich erfolgen. Personen, die andere noch nicht oder nicht mehr infizieren können, dürfen nicht Adressaten grundrechtsbeschränkender Maßnahmen sein, wenn mildere Mittel in Betracht kommen. Ein aktueller Testnachweis über fehlende Ansteckungsgefahr ist ein mildereres Mittel.

(22) Die Debatte um sogenannte Privilegien für Geimpfte ist aus grundrechtlicher Sicht verfehlt, weil sie das grundrechtliche Verteilungsprinzip auf den Kopf stellt.

(23) Maßnahmen gegenüber Immunen können dennoch erforderlich sein, um die gesellschaftliche Überzeugung von der Richtigkeit der Maßnahmen zu erhalten, weil die Kapazitäten für flächendeckende und differenzierte staatliche Kontrollen fehlen.

3. Angemessenheit und Wesensgehalt der Grundrechte

(24) Die Abwägung der Schwere von Grundrechtseingriffen mit der Bedeutung der verfolgten Zwecke impliziert Kommensurabilität der abzuwägenden Werte. Ist der verfolgte Zweck nur „ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut“, kann er auch die Wahl des „größten und radikalsten Mittels“ rechtfertigen (BVerfGE 7, 377 [408] – Apothekenurteil [1958]).

(25) Bei einigen Pandemiemaßnahmen ist der Wesensgehalt der relationalen Freiheiten nach Art. 19 Abs. 2 GG heranzuziehen, um Inkommensurabilität sicherzustellen.

IV. Gleiche Freiheit

1. Massenhafte und unspezifische Maßnahmen

(26) Die exekutivischen Rechtsverordnungen wirken faktisch wie Gesetze, durchlaufen jedoch nicht die für Gesetze üblichen transparenten und partizipativen Prozesse, in denen unterschiedliche Interessen und Sichtweisen berücksichtigt werden.

2. Angemessenheit: Unterschiedliche Maßstäbe

(27) Die Einzelnen befinden sich in unterschiedlichen Lebenslagen, weswegen sich die Pandemiemaßnahmen sehr unterschiedlich auf sie auswirken. Dies erfordert eine differenzierte Bewertung der Angemessenheit von Maßnahmen. Konkrete Pandemiemaßnahmen können gegenüber manchen Adressierten angemessen sein, während sie gegenüber anderen unangemessen sind.

3. Lösung: Kompensation und Differenzierung

(28) Angemessenheit kann durch Kompensation hergestellt werden, soweit Eingriffe monetarisierbar sind.

(29) Beschränkung der relationalen Freiheit, die versagte Zeit mit anderen Menschen, kann jedoch nicht ersetzt werden. Im Rahmen der Angemessenheitsprüfung kann dann eine spezifische Belastung geltend gemacht werden, die eine Differenzierung erfordert.

Schluss

(30) Zur grundrechtlichen Erfassung der Pandemiemaßnahmen muss die intrinsische Verknüpfung von Freiheit und Gleichheit ebenso in den Blick genommen werden wie die Bedeutung relationaler Freiheit.

