

⇒ **Stephan Rixen**

## Die »Bundesnotbremse« – Überlegungen zur verhältnismäßigen Beschränkung von Grundrechten

⇒ 1 Rechtspolitischer Hintergrund

Mit dem Vierten Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite v. 22. 4. 2021, in Kraft getreten am 23. 4. 2021, wurden im Infektionsschutzgesetz (IfSG) umfangreiche Kontaktbeschränkungen bzw. Verhaltensvorgaben (Ge- und Verbote) angeordnet, die der Sache nach die vordem durch Rechtsverordnungen und Allgemeinverfügungen der Länder erlassenen Ge- und Verbote ersetzen, soweit sich ein Normwiderspruch ergibt (vgl. Art. 31 Grundgesetz [GG]). Konkret geht es bei diesem in der politisch-medialen Öffentlichkeit als »Bundesnotbremse« bezeichneten Gesetz um die längsten bis 30. 6. 2021 anwendbaren (§ 28b Abs. 10 Satz 1 IfSG) Bestimmungen des § 28b und ferner den § 28c IfSG, der, vereinfacht ausgedrückt, insbesondere die Rücknahme von Freiheitsbeschränkungen namentlich zugunsten von vollständig geimpften Personen durch Rechtsverordnung der Bundesregierung, der Bundestag und Bundesrat zustimmen müssen (§ 28c Satz 2 IfSG), gestattet. § 28b und § 28c IfSG wurden seitdem im Detail weiter geändert (Gesetz vom 7. 5. 2021; Gesetz vom 28. 5. 2021). Außerdem wurde die Verordnung zur Regelung von Erleichterungen und Ausnahmen von Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 (COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung – SchAusnahmV) vom 8. 5. 2021 erlassen.

Das Bundesverfassungsgericht hat zwischenzeitlich in mehreren Eilbeschlüssen zu einzelnen Regelungen des § 28b IfSG Stellung genommen und ihre Fortgeltung aufgrund einer Folgenabwägung, die insbesondere die Bedeutung des Schutzes von Gesundheit und Leben hervorhebt, einstweilen unangetastet gelassen (BVerfG,

---

**Stephan Rixen**, geb. 1967, Prof. Dr., Studium der Rechtswissenschaft in Tübingen und Löwen, Professor für Öffentliches Recht, Sozialwirtschafts- und Gesundheitsrecht an der Universität Bayreuth. Neuere Veröffentlichungen: Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 2. Aufl., München 2021 (zusammen mit Jens Kersten).  
GND: 114479038

---

**DOI: 10.18156/eug-1-2021-art-4**

Beschl. v. 5. 5. 2021, Az.: 1 BvR 781/21, 1 BvR 805/21, 1 BvR 820/21, 1 BvR 854/21, 1 BvR 889/21; Beschl. v. 20. 5. 2021, Az.: 1 BvR 900/21, 1 BvQ 64/21, 1 BvR 968/21, 1 BvR 928/21; Beschl. v. 1. 6. 2021, Az.: 1 BvR 927/21). Ob die angegriffenen Regelungen verfassungsgemäß sind, wird erst in den Hauptsacheverfahren entschieden, in denen die Vorschriften eingehend auf ihre Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz geprüft werden.

## ⇒ 2 Rechtsschutz

Für einige Kritik hat der Umstand gesorgt, dass die Beschränkungen des § 28b IfSG unmittelbar kraft Gesetzes eintreten und folglich – so wird es jedenfalls weithin gesehen – verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz unmöglich werde (zum Folgenden Rixen 2021b). Die Kritik changiert zwischen verfassungsrechtlicher und verfassungspolitischer Kritik und tendiert dazu, jedenfalls de lege ferenda verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz gegen solche Parlamentsgesetze vorzusehen, die funktional den Regelungen einer Rechtsverordnung gemäß § 32 IfSG oder einer Allgemeinverfügung entsprechen.

Der Kritik ist zuzugeben, dass § 28b IfSG der Sache nach der Regelungstechnik von Rechtsverordnungen und Allgemeinverfügungen, wie sie aus der bisherigen Pandemiebewältigung bekannt sind, kopiert. Andererseits gilt es bislang als unstrittig, dass das Grundgesetz einem formellen Gesetzesbegriff folgt, der allein darauf abstellt, dass ein Gegenstand – welcher auch immer – durch Parlamentsgesetz geregelt wird. Auch die Kategorie des sog. Maßnahmegesetzes, das (bei nicht einhellig anerkannter Begriffsverwendung) Parlamentsgesetze bezeichnet, die reine Vollzugs-, Plan- oder Organisationengesetze sind, ist keine verfassungsrechtlich relevante Kategorie (Degenhart 2021, 1329). Dass gegen Parlamentsgesetze kein Rechtsschutz bestehen muss, entspricht der vorherrschenden Sichtweise von Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG, der den effektiven Rechtsschutz garantiert.

Zwar liegt es auf den ersten Blick nahe anzunehmen, dass gegen ein Parlamentsgesetz Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten ausscheidet. Denkbar ist aber eine sog. negative Feststellungsklage gemäß § 43 Abs. 1 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) bzw. ein § 43 Abs. 1 VwGO in der Hauptsache entsprechender Antrag nach § 123 VwGO. Die Gesetzesbegründung zum Vierten Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite bejaht diese Möglichkeit ausdrücklich (Deutscher Bundes-

tag 2021b, 19). In den Plenumsberatungen des Gesetzes wurde die Möglichkeit einer sog. vorbeugenden Feststellungsklage ausdrücklich hervorgehoben (Mützenich 2021, 28220). Nun können weder die Gesetzesbegründung noch eine Äußerung in den parlamentarischen Beratungen präjudizieren, ob fachgerichtlicher Rechtsschutz gegen ein Parlamentsgesetz aktiviert werden kann oder nicht. Allerdings sollte die klar zum Ausdruck gelangte Sichtweise des Gesetzgebers Anlass sein, diese Option genauer zu prüfen. Hierbei ist insbesondere zwischen der Frage zu trennen, ob die Voraussetzungen des § 43 Abs. 1 VwGO erfüllt sein können, und der anderen Frage, wie das angerufene Verwaltungsgericht mit einer ggf. angezeigten konkreten Normenkontrolle (Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG) umgeht.

Die Gesetzesbegründung verweist u.a. auf den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 31. 3. 2020 (Az.: 1 BvR 712/20). Das Bundesverfassungsgericht führt in diesem Beschluss unter dem Aspekt der Erschöpfung des Rechtswegs bzw. der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde aus, der Beschwerdeführer sei gehalten, vor einer Anrufung des Bundesverfassungsgerichts beim Verwaltungsgericht eine mit einem Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz verbundene negative Feststellungsklage nach § 43 Abs. 1 VwGO zu erheben, die nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung insbesondere dann grundsätzlich zulässig sei, wenn dem Betroffenen das Abwarten eines Normvollzugsakts wegen drohender Sanktionen nicht zugemutet werden könne.

Ein Verstoß gegen § 28b Abs. 1 IfSG ist ein grundsätzlich bußgeldpflichtiges Verhalten gemäß den Sanktionsnormen des § 73 Abs. 1a Nr. 11b bis Nr. 11m IfSG. Nach inzwischen gefestigter verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung kann ein aus einer Rechtsnorm (und zwar nicht aus einer untergesetzlichen Rechtsnorm) resultierendes, hinreichend konkretes Rechtsverhältnis zwischen Bürgerinnen und Bürger sowie der nach Landesrecht zum Vollzug von § 28b Abs. 1 IfSG berufenen Behörde – also nicht zum Normgeber – bestehen, wobei Normanwender der Rechtsträger der nach Landesrecht zuständigen Vollzugsbehörde ist, vgl. Art. 83 GG (zum Folgenden Rixen 2021b, 8). Das Rechtsverhältnis kann namentlich dann bestehen, wenn es um die ordnungsbehördliche Überwachung der Einhaltung von »Self-executing«-Normen oder die an einen Verstoß gegen diese Normen anknüpfende Einleitung eines Verfahrens zur Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten geht. So liegt der Fall hier. § 28b Abs. 1 IfSG sind »Self-executing«-Normen, weil ihr Gebots- bzw. Verbotshalt nicht erst durch einen administrativen Vollzugsakt aktiviert werden muss.

Wohl aber kann ihre Missachtung ordnungsbehördliche bzw. polizeiliche und auch auf die Einleitung eines OWi-Verfahrens gerichtete Überwachungstätigkeit auslösen, so dass Rechtsschutz nach § 43 Abs. 1 VwGO statthaft ist (Greve/Lassahn 2021, 670).

Das führt auch nicht zu unzumutbaren Hürden, wie die Praxis der Verwaltungsgerichte zu § 43 Abs. 1 VwGO belegt. Dass rechtspolitisch eine ausdrückliche Regelung des Rechtsschutzes insbesondere gegen Parlamentsgesetze, die funktional Rechtsverordnungen bzw. Allgemeinverfügungen kopieren, sinnvoll ist, dürfte außer Frage stehen, denn es ist in der Tat bedenklich, die stärkere Befassung des Parlaments mit der Pandemieregulierung um den Preis einer Schwächung des Rechtsschutzes zu ermöglichen. Das macht die gegenwärtige Regelung, namentlich die Möglichkeit, § 43 Abs. 1 oder § 123 VwGO zu nutzen, aber nicht zu einer verfassungswidrigen Option.

Erst recht führt die Anwendung von § 43 Abs. 1 VwGO bzw. im Eilrechtsschutz von § 123 VwGO nicht zu schlechterdings unerträglichen, also unzumutbaren Belastungen im Hinblick auf die Frage, wie ggf. verfassungswidrige Gesetze überprüft werden können. Kommt das Verwaltungsgericht zu der Überzeugung, das in Rede stehende Bundesgesetz sei verfassungswidrig, dann muss es zwar gemäß Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG vorlegen, aber, um den Konflikt, der im Hinblick auf das Gebot effektiven Rechtsschutzes besteht, aufzulösen, muss die Vorlage erst im Hauptsacheverfahren erfolgen; insoweit besteht ein relativer Vorrang von Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG (hierzu mit weiteren Nachweisen Rixen 2021, 7–9).

In den Beratungen des Gesundheitsausschusses ist darauf hingewiesen worden, dass diese prozessuale Option zu einer problematischen Erweiterung der Befugnisse der Verwaltungsgerichte führen könne, allerdings sei das ungewiss; auch dürfte eine bemerkenswerte Rechtszersplitterung die Folge sein (Möllers 2021, 5). Das lässt sich bei realistischer Betrachtung nicht ausschließen und dürfte ein Beleg dafür sein, dass die gesetzliche Regelung verfassungspolitisch im höchsten Maße unklug ist. Dass der Weg über § 43 Abs. 1 bzw. § 123 VwGO aus Sicht der Rechtsuchenden aber mit derart unzumutbar hohen Hürden gespickt ist, dass einzig effektiver Ausweg der direkte Zugang zum Bundesverfassungsgericht ist, wird indes zu Recht nicht behauptet. Der Weg über § 43 Abs. 1 VwGO ist kein unzumutbarer Weg, und zwar auch nicht im Hinblick auf § 28b Abs. 1 IfSG. An einem Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG fehlt es. Dass das BVerfG die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerden, die insbesondere gegen § 28b IfSG erhoben wurden, wegen ihrer allgemeinen

Bedeutung (§ 90 Abs. 2 Satz 2 Bundesverfassungsgerichtsgesetz [BVerfGG]) erachten könnte, es also verfassungsprozessual womöglich gar nicht auf die Erschöpfung des Rechtswegs ankommt, ist eine davon zu unterscheidende Frage.

⇒ 3 Grundrechtsfragen

⇒ 3.1 Grundrechtsfreundliche Auslegung des § 28b Abs. 1 IfSG

§ 28b Abs. 1 Satz 1 IfSG ordnet an, dass dann, wenn in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt an drei aufeinander folgenden Tagen die durch das Robert Koch-Institut veröffentlichte Anzahl der Neuinfektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 je 100 000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen (7-Tage-Inzidenz) den Schwellenwert von 100 überschreitet, dort ab dem übernächsten Tag die in § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis Nr. 10 IfSG genannten Maßnahmen gelten, und zwar ohne dass es noch eines vermittelnden Vollzugsaktes der Verwaltung bedürfte; die Maßnahmen gelten also kraft Gesetzes direkt. Umgekehrt gilt (§ 28b Abs. 2 Satz 1 IfSG): »Überschreitet in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt ab dem Tag nach dem Eintreten der Maßnahmen des Absatzes 1 an fünf aufeinander folgenden Werktagen die 7-Tage-Inzidenz den Schwellenwert von 100, so treten an dem übernächsten Tag die Maßnahmen des Absatzes 1 außer Kraft.«

In der öffentlichen Diskussion haben vor allem zwei Regelungen besondere Aufmerksamkeit ausgelöst:

Zum einen § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 IfSG: »private Zusammenkünfte im öffentlichen oder privaten Raum sind nur gestattet, wenn an ihnen höchstens die Angehörigen eines Haushalts und eine weitere Person einschließlich der zu ihrem Haushalt gehörenden Kinder bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres teilnehmen; Zusammenkünfte, die ausschließlich zwischen den Angehörigen desselben Haushalts, ausschließlich zwischen Ehe- oder Lebenspartnerinnen und -partnern, oder ausschließlich in Wahrnehmung eines Sorge- oder Umgangsrechts oder im Rahmen von Veranstaltungen bis 30 Personen bei Todesfällen stattfinden, bleiben unberührt;«

Zum anderen § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 IfSG: »der Aufenthalt von Personen außerhalb einer Wohnung oder einer Unterkunft und dem jeweils dazugehörigen befriedeten Besitztum ist von 22 Uhr bis 5 Uhr des Folgetags untersagt; dies gilt nicht für Aufenthalte, die folgenden Zwecken dienen:

- a) der Abwendung einer Gefahr für Leib, Leben oder Eigentum, insbesondere eines medizinischen oder veterinärmedizinischen Notfalls oder anderer medizinisch unaufschiebbarer Behandlungen,
- b) der Berufsausübung im Sinne des Artikels 12 Absatz 1 des Grundgesetzes, soweit diese nicht gesondert eingeschränkt ist, der Ausübung des Dienstes oder des Mandats, der Berichterstattung durch Vertreterinnen und Vertreter von Presse, Rundfunk, Film und anderer Medien,
- c) der Wahrnehmung des Sorge- oder Umgangsrechts,
- d) der unaufschiebbaren Betreuung unterstützungsbedürftiger Personen oder Minderjähriger oder der Begleitung Sterbender,
- e) der Versorgung von Tieren,
- f) aus ähnlich gewichtigen und unabweisbaren Zwecken oder
- g) zwischen 22 und 24 Uhr der im Freien stattfindenden allein ausgeübten körperlichen Bewegung, nicht jedoch in Sportanlagen;«

Unverhältnismäßige Beeinträchtigungen von Grundrechten können durch eine grundrechtfreundliche Auslegung von § 28b Abs. 1 IfSG von vornherein vermieden werden. Das gilt etwa im Hinblick auf § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 IfSG, wo – insbesondere im Licht von Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG (allgemeines Persönlichkeitsrecht) oder Art. 6 Abs. 1 GG (Schutz der Familie) – der Begriff des Haushalts so ausgelegt werden kann, dass für die Lebensführung wesentliche (Familien-)Beziehungen weiterhin möglich bleiben. Aber das ist nur nötig, wenn je nach Konstellation die in Rede stehende Beziehungen nicht über die »weitere Person« (§ 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 IfSG) erfasst werden kann.

Entsprechend wird etwa in § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 IfSG zu prüfen sein, ob ein Ausnahmefall nach Buchstabe f) vorliegt; auch dies darf nicht zu restriktiv, sondern muss grundrechtsorientiert ausgelegt werden. D.h., die Grundrechtseingriffe müssen von vornherein, sofern das noch auslegungsmethodisch irgendwie vertretbar ist, grundrechtsschonend interpretiert werden, um das Verdikt der Unverhältnismäßigkeit zu vermeiden.

### ⇒ 3.2 Verstoß gegen Art. 2 Abs. 2 S. 2 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG?

Im Hinblick auf § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 IfSG (Ausgangsbeschränkungen, sog. Ausgangssperre) wird ein Verstoß gegen Art. 2 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG erwogen. Was unter Freiheit der Person zu verstehen ist, ist in der verfassungsrechtlichen Literatur notorisch umstritten (zum Folgenden Rixen 2021, 9–10). Ausgangspunkt für eine Einordnung muss die Rechtsprechung des BVerfG sein. Danach schützt Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG davor, dass eine Person durch die öffentliche Gewalt gegen ihren Willen daran gehindert wird, einen Ort aufzusuchen oder sich dort aufzuhalten, der ihr an sich (tatsächlich und rechtlich) zugänglich wäre (BVerfG, Urt. v. 14. 5. 1996, Az.: 2 BvR 1516/93). D.h.: »Geschützt wird die im Rahmen der geltenden allgemeinen Rechtsordnung gegebene tatsächliche *körperliche* Bewegungsfreiheit vor staatlichen Eingriffen [...], also vor Verhaftung, Festnahme und ähnlichen Maßnahmen des unmittelbaren Zwangs [...]« (BVerfG, Urt. v. 14. 7. 2018, Az.: 2 BvR 309/15, 502/16).

Damit stellt sich das Problem, was als eine dem unmittelbaren, physisch wirkenden Zwang ähnliche Maßnahmen gelten kann bzw. als Ausdrucksform öffentlicher Gewalt, die dem unmittelbaren-physischen – also körperlich wirkenden – Zwang nach einer psychischen Zwangseinwirkung gleichkommt (siehe hierzu Bayerischer Verfassungsgerichtshof, Entscheidung v. 9. 2. 2021, Az.: 6-VII-20).

Dass danach allein die abstrakte Möglichkeit, kontrolliert zu werden, ausreicht, überzeugt nicht. Sie mag zwar gedanklich im Rahmen des individuellen Kalküls eine Rolle spielen, ist aber einem körperlich wirkenden »tangiblen Zugriff« (Fabian Wittreck) zu unähnlich. Das gilt letztlich auch für bloße Sanktionsandrohungen, zumal wenn es »nur« um die Androhung von Bußgeldern geht. Sie können zwar im Falle des § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Nr. 2 IfSG bis zu 25.000 Euro betragen (§ 73 Abs. 1a Nr. 11b, Nr. 11c, Abs. 2 IfSG), bei fahrlässigen Verstößen allerdings höchstens 12.500 Euro (§ 17 Abs. 2 Ordnungswidrigkeitengesetz [OWiG]), wobei aber insbesondere die wirtschaftlichen Verhältnisse für die Höhe des Bußgeldes wichtig sind (§ 17 Abs. 3 Satz 2 OWiG).

Ohnehin muss jede Ordnungswidrigkeit (OWi) durch den Filter des Opportunitätsprinzips (§ 47 Abs. 1 OWiG) hindurch, so dass die »Drohwirkung« einer OWi-Bestimmung von vornherein nur eingeschränkt als mentaler Anreiz wirken wird, jedenfalls wäre es aber le-

bensfern, diesen mentalen Anreiz einer unmittelbar-physischen Zwangswirkung gleichzustellen. All dies spricht dagegen, den Pflichten des § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 IfSG eine freiheitsbeschränkende Wirkung im Sinne des Art. 2 Abs. 2 Satz 2 bzw. von Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG zuzusprechen. Das gilt umso mehr, als von § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 IfSG gerade keine strikt abschottende Wirkung ausgeht, wozu auch die gebotene grundrechtsschonende Auslegung beiträgt.

Dagegen spricht auch nicht, dass § 28b Abs. 11 IfSG auf Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG verweist, denn – so das Bundesverfassungsgericht zu Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG:

»Durch die Benennung des Eingriffs im Gesetzeswortlaut soll gesichert werden, dass der Gesetzgeber nur Eingriffe vorsieht, die ihm als solche bewusst sind und über deren Auswirkungen auf die betroffenen Grundrechte er sich Rechenschaft ablegt [...].« (BVerfG, Urt. v. 27. 2. 2008, Az.: 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07).

Solche Auswirkungen können darin bestehen, dass die für den Vollzug des IfSG zuständigen Landesbehörden, ggf. also auch die Polizei, einen Verstoß gegen bundesrechtliche Regelungen zum Anknüpfungspunkt für ggf. mittels unmittelbaren Zwangs durchgesetzte Maßnahmen – insofern wäre der Schutzbereich von Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG unstreitig berührt – etwa nach dem jeweiligen Landespolizeiaufgabengesetz machen (z.B. einen ggf. zwangsweise durchgesetzten Platzverweis). Dieser Auswirkung des § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 IfSG, die sich angesichts des Vollzugs des IfSG durch die Länder aufdrängt (vgl. Art. 83 GG), wird mit der Erwähnung von Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG in § 28b Abs. 11 IfSG Rechnung getragen.

⇒ 3.3 Verhältnismäßigkeit: Regelungsziel und Regelungskonzept

⇒ 3.3.1 Regelungsziel

Der Gesetzgeber, der die »Bundesnotbremse« erlassen hat, steht seit gut einem Jahr vor der bis dahin unbekannteren Aufgabe, eine gesundheits- und lebensbedrohliche Pandemie zu regulieren, die nicht nur die Funktionsfähigkeit aller Bereiche des Gemeinweizens beeinträchtigt, sondern zugleich auf nicht gekannte Weise die persönlichen Verhältnisse ausnahmslos aller Menschen massiv tangiert (Rixen 2021b, 11). Hierbei muss der Gesetzgeber das Verhalten von ca. 83 Millionen Einwohnerinnen und Einwohnern steuern, um den Gleichlauf ihres Verhaltens so herbeizuführen, dass die Infektionsgefahr, die von



SARS-CoV-2 ausgeht, und die Wahrscheinlichkeit schwerer Erkrankungen mit der Krankheit COVID-19 reduziert wird.

Selbstverständlich erlässt der Gesetzgeber auch sonst Vorschriften, die alle Menschen angehen. Der Unterschied bei der Pandemieregulierung liegt aber darin, dass das Verhalten aller Menschen in knapper Zeit effektiv koordiniert werden muss, also der Erfolg der Pandemieregulierung zentral davon abhängt, dass sich ca. 83 Millionen Menschen in ihrem Alltag, ja bis in die kleinsten Vollzüge des persönlichen Lebens hinein, normkonform, also infektionsvermeidend verhalten.

Diese regulatorische Aufgabe ist trotz aller Erfahrungen, die seit gut einem Jahr gesammelt werden konnten, immer noch und wieder eine neue Aufgabe, weil aufgrund der sich ständig verändernden wissenschaftlichen Wissensbasis und infolge ständig neuer Entwicklungen (Stichwort: Virusvarianten) die Lage permanent neu evaluiert und die Strategie mitunter schnell angepasst werden muss, um der sich schnell verändernden bzw. zuspitzenden pandemischen Lage gerecht werden zu können. Das Ziel des Gesetzes ist es also – wie schon die Gesetzesbezeichnung offenlegt –, das von der Pandemie bedrohte Leben bzw. die bedrohte Gesundheit der Bevölkerung zu schützen. Insofern kommt der Gesetzgeber seiner Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG nach (einfachgesetzlich konkretisiert in § 28a Abs. 3 Satz 1 IfSG), die auch absehbare zukünftige Entwicklungen umfasst (BVerfG, Beschl. v. 24. 3. 2021, Az.: 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20).

Die Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems, also insbesondere der intensivmedizinischen Versorgungskapazitäten ist hierbei ein wichtiges Unterziel, das nicht nur den an COVID-19-Erkrankten dient, sondern allen Menschen, die in der Pandemie medizinischer Versorgung bedürfen. Dass der Gesetzgeber den Schutz von Leib und Leben als Ziel verfolgt, hat damit zu tun, dass es um die physische Basis aller Persönlichkeitsentfaltung geht, die – vom Tod abgesehen – durch schwere gesundheitliche Schäden (Stichwort »Long COVID«, also Langzeitfolgen von COVID-19) beeinträchtigt wird.

Der massive Anstieg der Neuinfektionen bei einer Ausbreitung von Virusmutationen – insgesamt ein diffuses Infektionsgeschehen – (Deutscher Bundestag 2021a, 8, 10) und die damit zusammenhängende Sorge, dass die Gesundheitsversorgung zu Überlastungen führen könnte, die zu Priorisierungsentscheidungen (»Triage«) nöti-

gen könnte, haben den Gesetzgeber veranlasst, sein Schutzkonzept neu zu justieren.

### ⇒ 3.3.2 Regelungsmittel: Multidimensionales Schutzkonzept

Unverändert verfolgt der Gesetzgeber allerdings ein multidimensionales Schutzkonzept, das durch das Ineinandergreifen normativer und tatsächlicher Schutzinstrumente auf eine »Gesamtsignalwirkung« (Deutscher Bundestag 2021a, 11) setzt, um so gesamthaft das Verhalten von ca. 83 Millionen Menschen zu steuern, die sich und andere schützen. Selbstschutz bedeutet dabei immer auch Schutz anderer, weil eine nicht-infizierte Person andere nicht anstecken kann. Das vordergründig nur auf sich selbst bezogene Verhalten hat in der Pandemie stärker und unmittelbarer Auswirkungen auf andere Menschen. Gerade die vergleichsweise lange Inkubationszeit, die asymptomatischen Verläufe und die leichte Weiterverbreitung über die Luft widersprechen den bekannten Erfahrungen mit anderen Infektionskrankheiten, weshalb den alltäglichen Kontakt betreffende Schutzinstrumente nötig sind (auch zum Folgenden Rixen 2021b, 11–13).

Ein wichtiges, vom Gesetz vorausgesetztes Schutzelement sind die Impfungen (vgl. nur § 28c IfSG). Die multi-dezentral bundesweit ins Werk gesetzte Impfkampagne wird – gerade aufgrund der immer besseren Verfügbarkeit der nötigen Impfstoffe – immer effektiver: Am 6. 6. 2021 waren 17.744.076 Personen (21,3% der Gesamtbevölkerung) vollständig geimpft; insgesamt haben 37.992.201 Personen (45,7%) mindestens eine Impfdosis erhalten (Bundesministerium für Gesundheit 2021). Bis zu einer möglichst weitgehenden Durchimpfung der Bevölkerung wird es allerdings trotz aller Fortschritte noch etwas dauern.

Die Zeit bis dahin muss aber überbrückt werden. D.h., der sich positiv entwickelnde Schutz durch die Impfung darf nicht durch stark ansteigende Neuinfektionen konterkariert werden mit der Folge, dass die zu einem möglichst weitreichenden Schutz der gesamten Bevölkerung führenden Impfungen zu spät kämen:

»Die derzeit [...] laufende Impfkampagne ist [...] wie ein »Wettlauf« zwischen dem Infektionsgeschehen und dem Fortschreiten der Impfungen, Das Problem dabei ist, dass das Infektionsgeschehen teilweise mit einer exponentiellen Dynamik läuft, während die Dynamik der Impfungen durch die verfügbaren Impfdosen und logistische Bedingungen beschränkt ist. Um diesen »Wettlauf« etwas fairer zu

gestalten, muss das Infektionsgeschehen also weiterhin unbedingt gedämpft werden, z.B. durch [...] Maßnahmen wie Kontaktbeschränkungen, Abstand halten, Masken tragen und ähnliche[s].« (Nagel/Schütte 2021)

Daher – und damit wird das Schutzkonzept neujustiert – hat sich der Gesetzgeber entschlossen, für einen relativ kurzen Zeitraum (Außerkräftreten spätestens am 30. 6. 2021, § 28b Abs. 10 Satz 1 IfSG) deutliche, bundesweit greifende Kontaktbeschränkungen zu schaffen, um die Effektivität des Impfschutzes durch eine immer mehr fortschreitende Impfkampagne dagegen absichern, dass sozusagen auf der Zielgeraden ein rasanter Anstieg von Neuinfektionen – er war für den Gesetzgeber der Grund, schnell zu handeln (Deutscher Bundestag 2021a, 8) – die effektive Pandemiebewältigung erschwert. Die Maßnahmen treten überdies – auch dies sichert die Verhältnismäßigkeit – am übernächsten Tag außer Kraft, sobald nach Maßgabe von § 28b Abs. 2 IfSG die Sieben-Tage-Inzidenz Schwellenwert von 100 an fünf aufeinander folgenden Werktagen unterschritten wurde.

Die Maßnahmen nach § 28b Abs. 1 IfSG sollen zur möglichst flächendeckenden Reduktion von Infektionsgelegenheiten beitragen, wobei – nochmals: es geht um das Verhalten von ca. 83 Millionen Menschen, das sich in infektionsrelevanter Weise permanent wechselseitig beeinflusst – möglichst viele Situationen, in denen es zu einer Infektion kommen kann, in den Blick geraten. Dass auch in gewissem Umfang der private Bereich Gegenstand der Pandemieregulierung wird (siehe insbesondere § 28b Abs. 1 Satz. 1 Nr. 1, Nr. 2 IfSG), hat damit zu tun, dass nach aller Erfahrung im privaten Bereich bzw. bei privaten Begegnungen die Einhaltung sonst beachteter Regeln (insb. Maske tragen, Abstand halten, Lüften) schneller in Vergessenheit geraten kann (Deutscher Bundestag 2021a, 12).

Angesichts einer derart volatilen Lage, die mit großer Ungewissheit einhergeht, etwa über die Wirkung sog. Escape-Virusvarianten, die sozusagen aus dem Wirkungsbereich der derzeitigen Impfstoffe »flüchten«, was deren aufwändigere Anpassung verlangt, die aber wohl mindestens einige Monate dauern könnte (Deutscher Bundestag 2021a, 10), muss der Gesetzgeber einen weiten Gestaltungsraum haben, der sich nicht nur auf die Erfassung der empirischen Realität, sondern auch auf die Entwicklung und Gewichtung des Maßnahmenbündels bezieht (BVerfG, Urt. v. 3. 3. 2004, Az.: 1 BvR 2378/98, 1084/99; BVerfG, Urt. v. 16. 3. 2004, Az.: 1 BvR 1778/01). »Dem Gesetzgeber kommt angesichts der nach wie vor ungewissen und sich dynamisch verändernden Gefahrenlage ein weiter Einschätzungs-

Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu« (Deutscher Bundestag 2021a, 9), den er am Leitfaden des „»Vorsorgeprinzip[s]« (Deutscher Bundestag 2021, 10) – nicht zuletzt mit Blick auf die sog. Escape-Virusvarianten (Deutscher Bundestag 2021a, 10) – ausfüllen darf (Rixen 2021b, 13).

Genau dies entspricht – angesichts der Entwicklungsdynamik einer Pandemie und der generell bestehenden Optionen, sie zu regulieren – der Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und der Bedeutung der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter bzw. den Sachgesetzlichkeiten des betreffenden Gebiets (BVerfG, Beschl. v. 6. 10. 1987, Az. 1 BvR 1086/82, 1 BvR 1468/82, 1 BvR 1623/82; BVerfG, Urt. v. 3. 3. 2004, Az.: 1 BvR 2378/98, 1084/99; BVerfG, Urt. v. 16. 3. 2004, Az.: 1 BvR 1778/01).

### ⇒ 3.4 Geeignetheit, Erforderlichkeit, Angemessenheit

Vor dem Hintergrund eines Schutzkonzepts, das unterschiedliche – rechtliche wie tatsächliche (Impfkampagne) – Schutzelemente bewusst kombiniert und auf einen gesamthaften, sich wechselseitig ergänzenden Schutz setzt, greift es zu kurz, jedes einzelne Schutzelement isoliert auf seine Verhältnismäßigkeit hin zu betrachten (Rixen 2021b, 13–14).

Der Gesetzgeber ist sich vollauf bewusst, dass eine einzelne Maßnahme – etwa Beschränkungen nach § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Nr. 2 IfSG – den erhofften Schutz nicht herbeiführen kann, ein Zusammenwirken mehrerer Maßnahmen hingegen schon. Insofern sind die Maßnahmen gemäß § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Nr. 2 IfSG wichtige, aber nicht allein relevante Wirkungselemente, die erst zusammen mit anderen Maßnahmen, insbesondere der voranschreitenden Impfkampagne, zur Erreichung des Regelungsziels beitragen. Sie sind also im Sinne der Verhältnismäßigkeitsprüfung geeignet, weil sie zur Zielerreichung beitragen können. Es ist zwar richtig, dass etwa die Wirksamkeit namentlich von nächtlichen Ausgangsbeschränkungen wissenschaftlich umstritten ist (BVerfG, Beschl. v. 5. 5. 2021, Az.: 1 BvR 781/21, 1 BvR 805/21, 1 BvR 820/21, 1 BvR 854/21, 1 BvR 889/21), allerdings hat sich der Gesetzgeber angesichts der in Rede stehenden Rechtsgüter in vertretbarer Weise auf Studien gestützt, die eine Wirksamkeit nahelegen (Deutscher Bundestag 2021, 12). Der Gesetzgeber konnte – und durfte – nur mit den Studien arbeiten, die ihm

bekannt waren und die er im Hinblick auf das von ihm verfolgte Schutzkonzept für überzeugend hielt.

Auch unter dem Aspekt der Erforderlichkeit begegnet § 28b Abs. 1 IfSG, namentlich § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 IfSG, keinen Bedenken. Was in einer pandemischen Lage ein weniger einschneidendes, aber gleich wirksames Maßnahmenbündel ist, unterliegt einer weiten Einschätzungsprärogative. Die Annahme, dass die verstärkte staatliche Durchsetzung milderer Maßnahmen hätte favorisiert werden müssen, verkennt den Umstand, dass, wie erwähnt, das Verhalten von ca. 83 Millionen Menschen koordiniert werden muss, um die Pandemie effektiv abzuwehren. Hier ist der Staat mehr noch als sonst auf die Normbefolgungsbereitschaft der Menschen angewiesen. Mehr als meist anlassabhängige Kontrollaktivitäten sind hier, realistisch betrachtet, vor allem flächendeckend, nicht machbar (Rixen 2021b, 14).

Im Übrigen ist zu bedenken, dass der Inzidenzwert bzw. die 7-Tage-Inzidenz im Schutzkonzept des Gesetzgebers eine »Frühwarnfunktion« übernimmt (Rixen, 2021b, 14). Die Orientierung an den Belegungszahlen der Intensivstationen bzw. der Krankenhäuser kommen im Schutzkonzept des Gesetzgebers, das sich am Vorsorgeprinzip orientiert, immer zu spät, denn Infektionen führen u.U. zu schweren Verläufen von COVID-19, die zu einer intensivpflichtigen Behandlung führen können (Greve/Lassahn 2021, 666). Angesichts der relativen Knappheit der Intensivbehandlungsplätze (»Intensivbetten«) ist hier eine frühzeitige Orientierung über die wahrscheinlich stabil (deshalb 7 Tage) zu erwartende Entwicklung geboten. Dass sich die Aussagekraft über solche Erkrankungs- und Auslastungswahrscheinlichkeiten insbesondere mit einer zunehmenden Durchimpfung der Bevölkerung verändert, liegt auf der Hand, aber derzeit fehlt diese weitreichende Durchimpfung noch.

Übermäßige Belastungen werden durch das Gesetz auf dreifache Weise vermieden: Zunächst sei nochmals auf die grundrechtsschonende Auslegung hingewiesen, die verhindert, dass den Normadressatinnen und -adressaten Unzumutbares abverlangt wird. Ferner sei an die Begrenzung der Maßnahmen auf die den Schwellenwert ab 100 bezogene 7-Tage-Inzidenz nach Maßgabe von § 28b Abs. 1, Abs. 2 IfSG erinnert. Hinzu kommt die gemäß § 28c IfSG erlassene Rechtsverordnung, die insbesondere für vollständig geimpfte Personen Erleichterungen oder Ausnahmen von Geboten und Verboten – auch, soweit sie etwa in § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 IfSG normiert sind – regelt. Solche Erleichterungen drängen sich auf, so-

fern hinreichend verlässlich anerkannt ist, dass von vollständig geimpften Personen nach derzeitigem Wissensstand – vorbehaltlich neuer Einschätzungen im Hinblick auf sog. Escape-Virusvarianten – keine bzw. nur eine marginale Infektionsgefahr ausgeht.

Dass der Gesetzgeber solche Erleichterungen noch nicht selbst angeordnet hat, hängt mit der Dynamik der Entwicklungen – einerseits der naturwissenschaftlichen Befunde, andererseits der aktuell laufenden Debatten über das, was noch zumutbar erscheint – zusammen (Rixen 2021b, 14–15). Insofern ist die gesetzliche Verordnungsermächtigung, gemessen an Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG, eine hinreichend nach Inhalt, Zweck und Ausmaß bestimmte Regelung, die insbesondere erkennen lässt, dass der Gesetzgeber die wesentlichen Wertungen selbst programmiert hat (BVerfG, Urt. v. 19. 9. 2018, Az.: 2 BvF 1/15, 2 BvF 2/15).

Insbesondere stellt sich die Frage, ob bzw. inwieweit vollständig Geimpfte mit Getesteten gleichgestellt werden dürfen (welche Tests sind relevant, welche nicht?). Hinzu kommen Fragen des verlässlichen Nachweises in allen Fällen, auch für den Fall, dass eine Person infolge einer Genesung als immun gilt. Welche Form der Dokumentation – elektronisch, in Papierform, beides? – ist angemessen? Wie sieht es mit der internationalen Anerkennung unter Beachtung der derzeitigen Debatten im Rahmen der EU aus? Sollten Nachweise von vornherein in unterschiedlichen Sprachen verfasst sein, wenn ja, in welchen usw. usf.? Gerade die Frage des verlässlichen Nachweises einer Impfung bzw. einer anderweitigen Immunisierung ist auch im Hinblick auf die Normbefolgungsbereitschaft im Hinblick auf alle Schutzmaßnahmen zentral. Die nicht valide dokumentierte Behauptung, geimpft zu sein, kann im Sinne eines negativen Vorbildeffekts angesichts der Lästigkeit etwa des Maskentragens dazu führen, dass Schutzmaßnahmen nicht mehr ernst genommen werden.

Insofern gestattet § 28c IfSG eine sehr zügige Freistellung von den Freiheitsbeschränkungen, die mit all ihren Feinheiten selbst bei einem zügig durchgeführten Gesetzgebungsverfahren so schnell nicht realisierbar wären wie vermittelt einer Rechtsverordnung selbst bei Beteiligung von Bundestag und Bundesrat (§ 28c Satz 2 IfSG). Gewährleistet wird so ein dynamischer Grundrechtsschutz. Im Hinblick auf vollständig Geimpfte wird so auch ein denkbarer Gleichheitsverstoß vermieden (Art. 3 Abs. 1 GG, dazu BVerfG, Beschl. v. 7. 5. 2013, Az.: 2 BvR 909, 2 BvR 1981/06, 2 BvR 288/07), denn eine sachlich nicht tragfähige Ungleichbehandlung mit nicht geimpften Personen lässt sich so vermeiden.

## ⇒ 4 Warum Verhältnismäßigkeit?

Das bei der Pandemiebewältigung – nicht nur bei der »Bundesnotbremse« – wohl wichtigste Rechtfertigungskriterium ist das Verhältnismäßigkeitsprinzip (zum Folgenden bereits Rixen 2021a). Es soll den Einsatz staatlicher Gewalt möglichst differenziert dosieren, also dazu beitragen, legitime Staatsgewalt, die der Aufgabenerfüllung dient, von illegitimer Staatsgewalt abzugrenzen. Dahinter steht die Idee des Rechtsstaates, also einer politischen Herrschaft, die durch die schützenden Formen des Rechts eingehegt wird, allerdings nicht als Selbstzweck, sondern als Regulativ, das die Staatsaufgabenerfüllung strukturiert und dirigiert, aber nicht unmöglich machen will. Infektionsschutz als Staatsaufgabe soll also realisiert werden können, aber eben nicht in maßloser, sondern verhältnismäßiger Weise.

## ⇒ 4.1 Argumentationsstrukturierende Trias: Schutzbereich, Eingriff, Rechtfertigung

In der deutschen rechtswissenschaftlichen Grundrechtslehre wird der Umgang mit Freiheitsrechten durch drei Unterscheidungen strukturiert (Rixen 2021a, 209): Schutzbereich, Eingriff und Rechtfertigung. Der Schutzbereich bezeichnet den Bereich personaler Freiheit, der durch das Grundrecht geschützt wird (Meinungsfreiheit, Versammlungsfreiheit, Religionsfreiheit usw.). Mit »Eingriff« wird jede dem Staat zurechenbare Maßnahme bezeichnet, die ein im Schutzbereich liegendes Verhalten verunmöglicht oder erschwert. Das können Gesetze, aber auch Einzelmaßnahmen der Verwaltung sein, die ein bestimmtes Verhalten ge- oder verbieten. Rechtfertigung meint, dass der Eingriff bestimmten Anforderungen genügen muss, die ihn als legitime Form staatlicher Gewalt ausweisen. Dazu gehört etwa, dass eine Maßnahme der Verwaltung sich auf ein Parlamentsgesetz zurückführen lassen muss; am wichtigsten ist aber das Verhältnismäßigkeitsprinzip. Diese Strukturierung nach Schutzbereich, Eingriff und Rechtfertigung hat sich etwa seit Beginn der 1980er Jahre in der Verfassungsrechtslehre entwickelt, ist sodann durch das deutsche Bundesverfassungsgericht rezipiert und weiterentwickelt worden und kann inzwischen bei terminologischen und inhaltlichen Detailabweichungen als allgemein anerkannt gelten.

## ⇒ 4.2 Bauelemente des Verhältnismäßigkeitsprinzips

Das Verhältnismäßigkeitsprinzip besteht, wie bereits angeklungen ist, aus mehreren Kriterien (Rixen 2021a, 209–210): Zunächst muss das vom Staat gewählte Mittel überhaupt in Frage kommen, was zum Beispiel bei einem Parlamentsgesetz, einer von der Verwaltung erlassenen Rechtsverordnung oder einem von der Verwaltung im Einzelfall erlassenen Verwaltungsakt unproblematisch ist. Außerdem muss der Staat mit dem von ihm gewählten Mittel ein verfassungsrechtlich legitimes Ziel verfolgen. Das ist der Fall, wenn das Regelungsziel entweder eine verfassungsrechtlich geregelte Aufgabe aufgreift oder wenn das Regelungsziel zumindest keinen verfassungsrechtlichen Vorgaben widerspricht. Die in Rede stehende Maßnahme muss zudem geeignet, erforderlich und angemessen (= zumutbar bzw. verhältnismäßig im engeren Sinne) sein. »Geeignet« bedeutet, das gewählte Regelungsinstrument muss die Erreichung des Regelungsziels fördern können. Das Wort »können« ist wichtig, weil es dem Staat einen gewissen Spielraum dabei lässt, festzulegen, wie ein von ihm verfolgtes Regelungsziel erreicht werden kann. Insbesondere der normsetzende Staat hat also einen Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum, der es ihm gestattet, das Regelungsmittel auszuwählen, für das sich zumindest vertretbar sagen lässt, dass es das Regelungsziel erreichen kann. »Erforderlich« meint, dass es kein gleich wirksames, aber milderes Mittel gibt, kraft dessen sich das Regelungsziel erreichen lässt. Auch insoweit hat der Staat, namentlich der parlamentarische Gesetzgeber oder ein administrativer Normgeber, der eine Rechtsverordnung erlässt, einen Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum, der es ihm gestattet, auf der Basis wenigstens vertretbarer Wirkungsanahmen und -zusammenhänge zu agieren.

Das überdies relevante Kriterium der Verhältnismäßigkeit – die »Angemessenheit« bzw. die »Zumutbarkeit« – soll verhindern, dass die in Rede stehende staatliche Maßnahme das Freiheitsrecht übermäßig beschränkt. Hierbei kommt es auf eine (Güter-)Abwägung an, die das Gewicht des verfolgten Regelungsziels einerseits und die Bedeutung des in Rede stehenden Grundrechts im konkreten Anwendungskontext andererseits in den Blick nimmt und versucht, beide Größen in eine »praktische Konkordanz« (so das bekannte Wort des Verfassungsrechtslehrers und früheren Richters des Bundesverfassungsgerichts *Konrad Hesse*) zu bringen, die beiden möglichst große effektive Geltung verschafft. Dieses Kriterium, für dessen Anwendung – anders als bei der Geeignetheit und der Erforderlichkeit – kein gesetzgeberi-



scher Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum besteht, wirkt gleichsam als »letzte Auffanglinie«, die regulatorische Maßlosigkeiten, die auf den vorherigen Stufen noch nicht moniert wurden, herausfiltern soll.

#### ⇒ 4.3 Demokratietheoretisch motivierte Relativierung der Grundrechtsbindung

Gerade mit Blick auf nicht spezifisch juristische Menschenrechtsdiskurse ist folgendes hervorzuheben: Grundrechte sind – von der Menschenwürde abgesehen (Art. 1 Abs. 1 GG) – keine absoluten Größen, sondern ihre effektive Schutzintensität kann minimiert werden, was freilich gerechtfertigt sein muss. Dahinter steht die Vorstellung, dass Grundrechte die Staatstätigkeit in erster Linie moderieren und disziplinieren, aber nicht stoppen sollen (Rixen 2021a, 210–211). Dazu trägt das Verhältnismäßigkeitsprinzip bei, wobei die Kriterien der Geeignetheit und der Erforderlichkeit die Einbettung der Grundrechte in die Staatstätigkeit besonders reflektieren. Indem Einschätzungs- und Gestaltungsspielräume insbesondere des Normgebers anerkannt werden, wird dem Normgeber ein Vertrauensvorschuss gewährt, dass er grundrechtsschonende Lösungen finden werde. Zugleich wird anerkannt, dass Regulierung – das konkrete Austarieren gegenläufiger Interessen, das zur Auswahl bestimmter Steuerungsinstrumente führt – keine mathematisch eindeutige Aufgabe ist, sondern gewisse Toleranzen im Sinne von Gestaltungs(spiel)räumen erfordert. Es kann, verfassungsrechtlich betrachtet, mehrere gleich »richtige« Lösungen geben, die politisch unterschiedlich klug erscheinen mögen, aber jedenfalls verfassungsrechtlich vertretbar sind. Dass Dinge aus gutem oder weniger gutem Grund anders gesehen werden können, ist ein Erkennungszeichen der Demokratie. Es relativiert in gewisser Weise die Grundrechtsbindung insbesondere des Gesetzgebers (Art. 1 Abs. 3 GG), denn diese wirkt gewissermaßen mit einem demokratietheoretisch motivierten Vorbehalt. Demokratie steht also nicht generell als potenziell grundrechtsfeindlich unter Verdacht, sondern ist im Gegenteil ein Weg, Grundrechten effektive Geltung zu verschaffen, ohne dass es dafür immer nur einen richtigen Weg gibt. Diese demokratietheoretisch begründete Relativierung – besser: Relationierung – der Grundrechtsbindung, die zum Programm der Verhältnismäßigkeitsprüfung gehört, wird gerade in nicht-juristischen Diskursen über Grundrechte zu wenig wahrgenommen. Das Element der Angemessenheit bzw. Zumutbarkeit, das die Kriterien der Geeignetheit und Erforderlichkeit ergänzt, begrenzt diesen demokratietheoretischen

Vertrauensvorschuss und fragt dezidiert aus Sicht der Grundrechtshaber/innen, was an Freiheitsverlust noch erträglich ist. Wo die Grenze des noch oder nicht mehr Zumutbaren verläuft, lässt sich abstrakt kaum sagen. Es hängt von dem in Rede stehenden Regelungsproblem, dem Regelungsziel, den diskutierten Regelungsinstrumenten und den betroffenen Grundrechten ab.

Gerade in Abgrenzung zu manchen nicht-juristischen Menschenrechtsdiskursen, wo mit großer Emphase die Unverletzlichkeit und Unveräußerlichkeit von Menschenrechten unterstrichen wird, ist zu betonen (Rixen 2021a, 211): Selbstverständlich knüpfen Grundrechte als juristische Konstrukte an die Tradition »unverletzliche[r] und unveräußerliche[r] Menschenrechte« (Art. 1 Abs. 2 GG) an. Nur wollen sie die Menschenrechte als Teil einer Verfassung politischer Herrschaft operabel machen, die als parlamentarisches Regierungssystem eine bestimmte Form demokratischer Herrschaft etabliert. Grundrechte, juristisch verstanden, sind kein vom parlamentarisch-demokratischen Institutionensetting losgelöst existierender Wertekompass, der rein appellativ über den Dingen schwebt. Grundrechte wollen vielmehr den Gang der demokratischen Institutionen sehr kleinteilig steuern, was bedeutet, dass ihre Wirkkraft in der Formensprache eines demokratischen Verfassungsstaates zur Geltung kommen muss. Grundrechte müssen also die Regelungsinstrumente des demokratischen Verfassungsstaates im konkreten Detail prägen, damit ihre Wirkkraft in operabler Weise zur Geltung kommen kann. Hierin zeigt sich ein spezifisch juristischer Umgang mit Grundrechten, ein spezifisch juristischer Denkstil der Operationalisierung, der prinzipienhaft-offen angelegte, ja bekenntnishaft-vage formulierte Grundrechtstexte in alltagstauglich-konkrete Handlungsrichtlinien für den Staat umformuliert. Dieser juristische Denkstil, der auf operable Unterscheidungen aus ist, erklärt beispielsweise auch, wieso das Verhältnismäßigkeitsprinzip durch praktisch gut handhabbare Kriterien strukturiert wird. Dass Grundrechte zu achten sind, wird so greifbarer und vereinfacht das Argumentieren mit den Grundrechten.

#### ⇒ 5 Resümee

Grundrechte dürfen für die Zwecke des Infektionsschutzes eingeschränkt werden. Hierbei hat der parlamentarische Gesetzgeber einen Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum. Grundrechte sollen die Erfüllung von Staatsaufgaben moderieren und disziplinieren, ohne die Erfüllung der Staatsaufgabe – Infektionsschutz – zu konterkarieren.

ren. Deshalb können Grundrechte beschränkt werden, aber diese Beschränkungen (Eingriffe) müssen gerechtfertigt sein, was am Maßstab der Verhältnismäßigkeit zu messen ist. Das gilt auch für die Regelungen der sog. Bundesnotbremse.

## ⇒ Literaturverzeichnis

Bundesministerium für Gesundheit (2021): Impfdashboard – Stand: 6. 6. 2021, <https://impfdashboard.de/> (Zugriff am 7. Juni 2021).

Degenhart, Christoph (2021): Kommentierung zu Art. 70 Grundgesetz, in: Sachs, Michael (Hg.): Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl., München: Verlag C.H. Beck, 1325–1342.

Deutscher Bundestag (2021a): Entwurf eines Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite, Bundestags-Drucksache 19/28444 vom 13. 4. 2021, <https://dserver.bundestag.de/btd/19/284/1928444.pdf> (Zugriff am 7. Juni 2021).

Deutscher Bundestag (2021b): Bericht des Ausschusses für Gesundheit zum Entwurf eines Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite, Bundestags-Drucksache 19/28732 vom 20. 4. 2021, Vorabfassung, <https://dserver.bundestag.de/btd/19/287/1928732.pdf> (Zugriff am 7. Juni 2021).

Greve, Holger/Lassahn, Philipp (2021): Die bundeseinheitliche „Notbremse“ – Verfassungsfragen zum Vierten Bevölkerungsschutzgesetz, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 40, 665–670.

Möllers, Christoph (2021): Stellungnahme zum Entwurf eines Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite BT-Drucksache 19/28444, Ausschuss-Drucks. 19(14)323(2) vom 15.4.2021, [https://www.bundestag.de/resource/blob/834614/9ace24a12b228c12a677f4b05aec4865/19\\_14\\_0323-2-\\_Prof-Dr-Moellers\\_-\\_viertes-BevSchG-data.pdf](https://www.bundestag.de/resource/blob/834614/9ace24a12b228c12a677f4b05aec4865/19_14_0323-2-_Prof-Dr-Moellers_-_viertes-BevSchG-data.pdf) (Zugriff am 7. Juni 2021).

Mützenich, Rolf (2021): Rede im Deutschen Bundestag, Plenarprotokoll 19/223 vom 21.4.2021, <https://dserver.bundestag.de/btp/19/19223.pdf> (Zugriff am 7. Juni 2021).

Nagel, Kai/Schütte, Christof (2021): MODUS-COVID Bericht vom 09.04.2021, [https://www.zib.de/sites/default/files/project\\_attachments/2021-04-09%20MODUS-COVID%20Bericht.pdf](https://www.zib.de/sites/default/files/project_attachments/2021-04-09%20MODUS-COVID%20Bericht.pdf) (Zugriff am 7. Juni .2021).

Rixen, Stephan (2021a): Die Regulierung der Pandemie als Grundrechtsproblem, in: Zeitschrift für medizinische Ethik 67, 207–218.

Rixen, Stephan (2021b): Viertes Bevölkerungsschutzgesetz – Verfassungsrecht (Zustimmungspflicht, Rechtsschutz, Verhältnismäßigkeit), in: Kluckert, Sebastian (Hg.): Das neue Infektionsschutzrecht, 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos-Verlagsgesellschaft, Sonderkapitel, 3–15.

---

**Zitationsvorschlag:**

Rixen, Stephan (2021): Die »Bundesnotbremse« – Überlegungen zur verhältnismäßigen Beschränkung von Grundrechten. (Ethik und Gesellschaft 1/2021: Pandemie-Nachdenken). Download unter: <https://dx.doi.org/10.18156/eug-1-2021-art-4> (Zugriff am [Datum]).

---



**ethikundgesellschaft**  
**ökumenische zeitschrift für sozialetik**

**1/2021: Pandemie-Nach-Denken**

Gregor Buß: Blinde sehen – Lahme gehen – Stumme reden. Sozialethische Lehren aus der Corona-Pandemie auf dem afrikanischen Kontinent

Jürgen P. Rinderspacher: Zeitliche Herausforderungen und neue Zeiterfahrungen in der Corona-Krise

Sarah Jäger: A woman's work is never done?! Care-Arbeit und Geschlecht in der Coronapandemie aus evangelisch-theologischer Perspektive

Stephan Rixen: Die »Bundesnotbremse« – Überlegungen zur verhältnismäßigen Beschränkung von Grundrechten

Julius Heinicke: Politisch abhängig, doch lebensnotwendig: Kulturpolitische Beobachtungen der Kunstlandschaft in Zeiten der Krise

Urban Wiesing, Daniel Becker, Philip Hahn, Henning Tümmers, Christoph Dominik Blum: Wissenschaftliche (Politik-)Beratung in Zeiten von Corona: Die Stellungnahmen der Leopoldina zur Covid-19-Pandemie