



Ausarbeitung

**Verfassungsrechtliche Bewertung der Beschränkungen Ungeimpfter
durch die sogenannten 3G- und 2G-Regeln**

Verfassungsrechtliche Bewertung der Beschränkungen Ungeimpfter durch die sogenannten 3G- und 2G-Regeln

Aktenzeichen: WD 3 - 3000 - 149/21
Abschluss der Arbeit: 1. September 2021 (zugleich letzter Abruf der Internetquellen)
Fachbereich: WD 3: Verfassung und Verwaltung

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages unterstützen die Mitglieder des Deutschen Bundestages bei ihrer mandatsbezogenen Tätigkeit. Ihre Arbeiten geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegende, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab dem jeweiligen Fachbereich anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

1. Einleitung und Fragestellung

Seit einiger Zeit lassen es die Ressourcen zu, dass jedem Bürger ein umfassendes Impfangebot zum Schutz vor einer Erkrankung infolge einer Ansteckung mit dem SARS-CoV-2-Virus gemacht werden konnte. Im Rahmen der Ministerpräsidentenkonferenz vom 10. August 2021 haben der Bund und die Länder unter anderem beschlossen, dass spätestens ab dem 23. August 2021 nur noch geimpften, genesenen oder getesteten Personen gemäß § 2 Nr. 2 bis Nr. 7 COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung¹ Zutritt in bestimmte Innenräume (von z.B. Krankenhäusern, Pflegeeinrichtungen, Gaststätten, Kultureinrichtungen) gewährt werden darf (**sogenannte 3G-Regel**). Die Länder haben daraufhin ihre Corona-Verordnungen angepasst.²

Bereits einige Tage zuvor hatte der Gesundheitsminister sich dahingehend geäußert, dass im Herbst und Winter 2021 erneut weitergehende Einschränkungen notwendig werden könnten und es für nicht geimpfte Personen zum Ausschluss von der Teilhabe an Veranstaltungen und in der Gastronomie kommen könne (**sogenannte 2G-Regel**).³ Hamburg hat am 24. August 2021 als erstes Bundesland das so genannte 2G-Optionsmodell beschlossen. Danach sollen Publikumseinrichtungen die Option erhalten, Angebote ausschließlich für Geimpfte und Genesene anzubieten. Für Unternehmer und Veranstalter, die sich dafür entscheiden, entfallen bestimmte Beschränkungen (z.B. Abstandsgebot, Sperrstunde, u.a.).⁴

Gefragt wird, ob die Beschränkungen gegenüber nicht-immunisierten Personen (Personen, die weder im Sinne des § 2 Nr. 2 bis Nr. 7 COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung geimpft noch genesen sind – im Folgenden **Ungeimpfte**) durch die 3G- und 2G-Regeln mit dem Grundgesetz vereinbar sind. Zudem soll geprüft werden, ob die Beschränkungen auch in Bezug auf solche Ungeimpfte zulässig sind, für die keine Impfpflicht vorliegt. Da der Fragestellung keine konkreten Regelungen zu Grunde liegen, beschränkt sich die Prüfung auf einige grundsätzliche Erwägungen.

2. Verfassungsmäßigkeit der sogenannten 3G-Regel

Die 3G-Regel sieht vor, dass asymptomatische Ungeimpften nur dann der Zutritt in bestimmte Innenräume gewährt werden darf, wenn sie nachweisen können, dass sie innerhalb der letzten

1 Verordnung der Bundesregierung zur Regelung von Erleichterungen und Ausnahmen von Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 (COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung – SchAusnahmV) vom 4. Mai 2021.

2 Vgl. z.B. Verordnung der Landesregierung Baden-Württemberg über infektionsschützende Maßnahmen gegen die Ausbreitung des Virus SARS-CoV-2 (Corona-Verordnung – CoronaVO) vom 14. August 2021, Dreizehnte Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (13. BayIfSMV) vom 05. Juni 2021 in der Fassung vom 20. August 2021; Vierte SARS-CoV-2 Infektionsschutzmaßnahmenverordnung des Landes Berlin, gültig ab 20. August 2021.

3 Strategiepapier des Bundesgesundheitsministeriums, Sicher durch Herbst und Winter – jetzt die Vorbereitungen treffen, vom 2. August 2021, S. 4, abrufbar unter: https://www.welt.de/bin/BMG_bn-232935997.pdf.

4 § 10j Verordnung zur Eindämmung der Ausbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 in der Freien und Hansestadt Hamburg (Hamburgische SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung – HmbSARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung), gültig ab 28. August 2021.

24 bzw. 48 Stunden mit einem Antigen-Schnelltest oder einem PCR-Test negativ auf das Coronavirus getestet wurden. Diese Nachweispflicht ist eine Form der Zutrittsbeschränkung und stellt einen **Eingriff** in die **allgemeine Handlungsfreiheit** der Ungeimpften aus Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz (GG), die auch die Teilnahme am kulturellen und sozialen Leben schützt, dar.

Mit Blick auf Besuche in Krankenhäusern und Pflegeeinrichtungen kommt zudem ein Eingriff in das **Grundrecht auf Ehe und Familie** aus Art. 6 Abs. 1 GG sowie das **allgemeine Persönlichkeitsrecht** aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG sowohl der Ungeimpften als auch der Patienten bzw. Heimbewohner in Betracht, wenn diese nicht unbeschränkt Familienangehörige und andere Besucher empfangen dürfen.

In den Fällen der Zutrittsbeschränkungen zu kulturellen Einrichtungen und Veranstaltungen sowie zu gastronomischen Betrieben ist auch die **Berufsfreiheit** aus Art. 12 Abs. 1 GG der Betreiber (wie z.B. der Gastronomen) betroffen.

Alle Grundrechtseingriffe, also auch die zum Infektionsschutz ergriffenen Maßnahmen, bedürfen einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung. Jeder Eingriff in Freiheitsrechte kann nur gerechtfertigt sein, wenn er **verhältnismäßig** ist.⁵ Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist gewahrt, wenn der Eingriff einen legitimen Zweck in geeigneter, erforderlicher und angemessener Weise verfolgt.⁶

2.1. Legitimer Zweck

Die Zutrittsbeschränkungen durch die 3G-Regel stellen sich als infektionsschutzrechtliche Maßnahme dar. Sie verfolgen einen **legitimen Zweck**, indem sie die **Eindämmung der möglichen Verbreitung** des Coronavirus SARS-CoV-2 und der hierdurch verursachten Krankheit COVID-19 bezwecken und damit den **Schutz der Gesundheit der Bevölkerung** sicherstellen und die **Überlastung des Gesundheitssystems verhindern** sollen.

Dies wird auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass der Staat ein **umfassendes Impfangebot** sichergestellt hat. Vereinzelt wird vertreten, dass der Schutzauftrag des Staates für Leben und Gesundheit dort ende, wo es dem Einzelnen in zumutbarer Weise möglich ist, sich selbst zu schützen. Mit den Impfungen gebe es nunmehr „ein weiteres, und bis auf wenige Ausnahmen (Immunschwäche, Allergien et cetera) für alle auch zumutbares Mittel des Selbstschutzes“; das spräche dafür, sämtliche Maßnahmen allerspätestens dann aufzuheben, wenn jedem Bürger ein Impfangebot gemacht werden könne.⁷ Gegen diese Auffassung ist aber einzuwenden, dass sich aus gesundheitlichen Gründen gerade nicht alle Personen impfen lassen können, für die ein besonders hohes Risiko besteht, lebensgefährlich an COVID-19 zu erkranken. Zum anderen gibt es bisher keinen Impfstoff, der für Kinder unter 12 Jahre zugelassen ist. Auch wenn für diese das Risiko, sich

5 Starck, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Auflage 2018, Art. 1 Rn. 277 ff.

6 Grzeszick, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 94. EL Januar 2021, Art. 20 Rn. 110.

7 Volkmann, Corona-Maßnahmen - Wann hört es auf?, zeit-online vom 9. Juni 2021, abrufbar unter: <https://www.zeit.de/politik/deutschland/2021-06/corona-massnahmen-staat-pandemiebekämpfung-grundsaetze-demokratie>; Hoven/Rostalski, Drei fatale Fehlannahmen in der Pandemie-Diskussion, Die Welt vom 3. August 2021.

zu infizieren und schwer zu erkranken nach bisherigen Erkenntnissen sehr gering ist,⁸ so ist über die gesundheitlichen Langzeitfolgen gerade auch bei Kindern noch wenig bekannt.⁹ All dies spricht dafür, dass dem Gesetz- und Verordnungsgeber weiterhin ein weiter Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum zukommt.¹⁰

2.2. Geeignetheit

Die infektionsschutzrechtlichen Maßnahmen müssten zudem **geeignet** sein. Dies ist der Fall, wenn sich der legitime Zweck durch die Maßnahme erreichen lässt oder dieser durch die Maßnahme zumindest gefördert wird.¹¹

Ungeimpfte können sich mit dem Virus anstecken und das Virus übertragen. Nach den bisherigen wissenschaftlichen Erkenntnissen ist die Ansteckungsfähigkeit im Zeitraum um den Beginn der Krankheitszeichen am größten; ein erheblicher Teil der Übertragungen erfolgt bereits vor dem Auftreten erster Krankheitszeichen.¹² Dies steht einer Erkennung der konkreten Infektionsgefahr auf Grund äußerlich erkennbarer Symptome und einem daran orientierten eigenverantwortlichen Handeln entgegen. Gerade in Innenräumen kann es zu einer Anreicherung von Aerosolen kommen, durch die das Virus übertragen wird,¹³ sodass die Ansteckungswahrscheinlichkeit hier gesteigert ist. Die derzeit vorherrschende Delta-Variante weist in Bezug auf die anderen Varianten eine höhere Übertragbarkeit auf.¹⁴ Durch die Zugangsbeschränkung auf solche Personen, die durch ihre Impfung, Genesung oder ein **negatives Testergebnis nachweisen** können,

-
- 8 Siehe RKI, FAQ „Wirksamkeit“ (Stand: 27. August 2021), abrufbar unter: <https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/COVID-Impfen/gesamt.html;jsessionid=90EAAABEEDF6EBEEBF74F74E52DF1E94.internet071> sowie Wöchentlicher COVID-19-Lagebericht vom 26. August 2021, S. 18 ff. mit den aktuellen Zahlen zur Impfeffektivität und sogenannten Impfdurchbrüchen, abrufbar unter: https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Wochenbericht/Wochenbericht_2021-08-26.pdf?blob=publicationFile.
- 9 RKI, Gesundheitliche Langzeitfolgen, Können Kinder auch gesundheitliche Langzeitfolgen von COVID-19 entwickeln?, Stand: 20. Mai 2021, abrufbar unter: https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/NCOV2019/FAQ_Liste_Gesundheitliche_Langzeitfolgen.html.
- 10 Vgl. Grzeszick, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 94. EL Januar 2021, Art. 20 Rn. 122.
- 11 Sachs, in: ders., Grundgesetz, Kommentar, 9. Auflage 2021, Art. 20 Rn. 150.
- 12 Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung, FAQ Ansteckung und Übertragung, Wann entwickelt man Krankheitszeichen und wann ist man ansteckend?, Stand: 11. Dezember 2020, abrufbar unter: <https://www.infektionsschutz.de/coronavirus/fragen-und-antworten/ansteckung-und-uebertragung.html#tab-4249-11>.
- 13 RKI, Infektionsschutzmaßnahmen, Welche Rolle spielen Aerosole bei der Übertragung von SARS-CoV-2?, Stand: 4. August 2021, abrufbar unter: https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/NCOV2019/FAQ_Liste_Infektionsschutz.html.
- 14 RKI, Wöchentlicher Lagebericht des RKI zur Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) vom 26. August 2021, S. 24, abrufbar unter: https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Wochenbericht/Wochenbericht_2021-08-26.pdf?blob=publicationFile.

dass von ihnen nur ein **stark vermindertes Ansteckungsrisiko** ausgeht, wird die Ansteckungswahrscheinlichkeit gesenkt. Damit werden der Gesundheitsschutz der Bevölkerung und der Schutz des Gesundheitssystems zumindest gefördert.

2.3. Erforderlichkeit

Die Anforderung an Ungeimpfte, ein negatives Testergebnis für den Zugang zu bestimmten Innenräumen vorzeigen zu müssen, müsste zudem erforderlich sein. Nach dem Gebot der Erforderlichkeit hat der Staat „aus den zur Erreichung des Zweckes gleich gut geeigneten Mitteln das mildeste, also die geschützte Rechtsposition am wenigsten beeinträchtigende Mittel“¹⁵ zu wählen.

2.3.1. Spezifische Anforderungen an Schutz- und Hygienekonzepte als milderes Mittel

Als **mildere Mittel** gegenüber dem Erfordernis einer Testpflicht könnten spezifische Anforderungen an **Schutz- und Hygienekonzepte** in Betracht kommen. Diese könnten z.B. das Tragen einer Mund-Nase-Bedeckung, einzuhalten Abstände, eine Obergrenze für Besucher sowie den Einsatz von Luftfiltern umfassen. Ob solche Schutz- und Hygienemaßnahmen ausreichen, um in gleichermaßen geeigneter Weise den Gesundheitsschutz sicherzustellen und das Gesundheitssystem vor Überlastung zu schützen, hängt insbesondere der **(regionalen) epidemischen Lage** zum Zeitpunkt des Erlasses der Maßnahme ab.

Zur Bestimmung der epidemischen Lage kommen die **7-Tages-Inzidenz**¹⁶, der Anteil der bisherigen oder neu dazukommenden **Virusvarianten** und die **Wahrscheinlichkeit einer flächendeckenden Ausbreitung** in Betracht. Vorliegend gilt es zu beachten, dass in geschlossenen Räumen aufgrund der Anreicherung von Aerosolen eine besonders hohe Gefahr der Infizierung besteht. Diese wird dadurch gesteigert, dass die derzeit vorherrschende Delta-Variante leichter übertragbar ist.

Mit Blick auf die 7-Tages-Inzidenz als Indikator ist zu berücksichtigen, dass das Infektionsgeschehen nicht nur regional gleichmäßig verteilt sein kann, sondern auch lokalisiert und klar einkreisbar verlaufen kann. Eine entsprechend detaillierte Erkenntnislage vorausgesetzt, dürfte es in einem solchen Fall nicht mehr verhältnismäßig sein, Eindämmungsmaßnahmen aufrechtzuerhalten, die das gesamte Gebiet, in dem die Verordnung gilt, betreffen. Es müssten vielmehr **gezielte und räumlich beschränkte Maßnahmen** ergriffen werden.¹⁷

15 Grzeszick, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 92. EL August 2020, Art. 20 Rn. 113.

16 Siehe hierzu der Sachstand der Wissenschaftlichen Dienste, „Zum Inzidenzwert als Grundlage für Maßnahmen zur Abwehr der Corona-Pandemie“, WD 3 - 3000 - 046/21 vom 19. März 2021.

17 Vgl. dazu auch die Ausarbeitung der Wissenschaftlichen Dienste, „Verfassungsrechtliche Bewertung der neuen Infektionsschutzgesetzgebung“, WD 3 - 3000 - 083/21 vom 15. April 2021, S. 5.

Zudem mehren sich die Gerichtsentscheidungen, die angesichts des fortschreitenden Impfprogrammes ein **alleiniges Abstellen** auf das Kriterium der 7-Tages-Inzidenz für **nicht mehr ausreichend** erachten.¹⁸ Insofern müssen auch die weiteren Faktoren wie etwa **Krankheitsschwere, Auslastung der Intensivstationen** und die **COVID-19-Hospitalisierungsrate** in der Abwägung Berücksichtigung finden. In seiner **aktuellen Risikobewertung** stellt das Robert Koch-Institut fest, dass es sich nach wie vor um eine **ernst zu nehmende Situation** handle. Die Gefährdung für die Gesundheit der nicht oder nur einmal geimpften Bevölkerung in Deutschland wird insgesamt weiterhin als hoch eingeschätzt; für vollständig Geimpfte sei die Gefährdung dagegen moderat.¹⁹ Die Wahrscheinlichkeit für schwere und tödliche Krankheitsverläufe steigt dabei mit zunehmendem Alter und bei bestehenden Vorerkrankungen. Zudem kann COVID-19 auch gesundheitliche Langzeitfolgen hervorrufen (oft als „**Long COVID**“ bezeichnet). Es ist aktuell noch nicht möglich, sicher abzuschätzen, wie lange längerfristige Auswirkungen von COVID-19 andauern können, wie gut sie therapierbar sind und wie groß der Anteil der Betroffenen ist, der bleibende Auswirkungen mit sich tragen wird. Auch über die gesundheitlichen Langzeitfolgen bei Kindern und Jugendlichen ist noch wenig bekannt.²⁰

Die **Impfquote** in der jeweils von der Maßnahme betroffenen Region ist ein weiterer relevanter Faktor für die Bewertung, da davon auszugehen ist, dass sich bei Fortschreiten des Impfprogramms das Infektions- und Erkrankungsrisiko für Ungeimpfte mit zunehmender Anzahl geimpfter Personen verringert. Außerdem ist zu erwarten, dass die Gefahr einer Überlastung des Gesundheitssystems dadurch gemindert wird, dass insbesondere solche Gruppen von Personen Impfschutz erhalten haben, bei denen eine erhöhte Wahrscheinlichkeit besteht, intensivmedizinischer Versorgung zu bedürfen.²¹ Das Bundesgesundheitsministerium geht davon aus, dass die Gefahr einer hohen Welle und einer schnellen Ausbreitung des Virus immer kleiner werde, je höher die Impfquote bei den 12- bis 59-Jährigen ist.²² Das Verhältnis von Neuinfektionen zu schweren Fällen werde immer günstiger, je höher die Impfquote bei den Über-60-Jährigen ist.²³ Nach den aktuellen Zahlen sind ca. 15 Prozent der besonders vulnerablen Gruppe der Über-60-Jährigen noch nicht

18 Ausführlich hierzu der Sachstand der Wissenschaftlichen Dienste, „Zum Inzidenzwert als Grundlage für Maßnahmen zur Abwehr der Corona-Pandemie“, WD 3 - 3000 - 046/21 vom 19. März 2021; siehe auch OVG Lüneburg, Beschluss vom 3. August 2021 – 13 MN 352/21 –, juris.

19 RKI, Risikobewertung zu COVID-19, Stand: 2. August 2021, abrufbar unter: https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikobewertung.html;jsessionid=D85DE42A4845C959D9BD6E98D14B6A49.internet072?nn=13490888.

20 RKI, Gesundheitliche Langzeitfolgen, Wie gut gesichert ist das aktuelle Wissen über die gesundheitlichen Langzeitfolgen von COVID-19?, Stand: 23. Juli 2021, abrufbar unter: https://www.rki.de/Shared-Docs/FAQ/NCOV2019/FAQ_Liste_Gesundheitliche_Langzeitfolgen.html.

21 Zum Ganzen vgl. Deutscher Ethikrat, Besondere Regelungen für Geimpfte? Ad-hoc-Empfehlung vom 4. Februar 2021, S. 3, abrufbar unter: <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Ad-hoc-Empfehlung-gen/deutsch/ad-hoc-empfehlung-besondere-regeln-fuer-geimpfte.pdf>.

22 Strategiepapier des Bundesgesundheitsministeriums, Sicher durch Herbst und Winter – jetzt die Vorbereitungen treffen vom 2. August 2021, S. 4, abrufbar unter: https://www.welt.de/bin/BMG_bn-232935997.pdf.

23 Strategiepapier des Bundesgesundheitsministeriums, Sicher durch Herbst und Winter – jetzt die Vorbereitungen treffen vom 2. August 2021, S. 4, abrufbar unter: https://www.welt.de/bin/BMG_bn-232935997.pdf.

vollständig geimpft; in der Gesamtbevölkerung sind es ca. 40 Prozent.²⁴ Allerdings gilt es auch zu berücksichtigen, dass keiner der bisher zugelassenen Impfstoffe eine 100-prozentige Wirksamkeit hat und damit auch bei den Geimpften (in allerdings seltenen Fällen) das Risiko eines sogenannten Impfdurchbruches besteht.²⁵ Noch nicht bekannt ist, wie lange der Impfschutz anhält.²⁶

Ob andere Schutz- und Hygienemaßnahmen auch ohne eine zusätzliche Testpflicht als ausreichend zu erachten sind, ist eine Tatsachenfrage im jeweiligen Einzelfall und kann hier nicht abstrakt beantwortet werden. Im Hinblick auf die ausgeführten wissenschaftlichen Unsicherheiten ist dem Gesetzgeber ein **weiter Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum** einzuräumen.²⁷ Sollte sich die Beurteilung der pandemischen Lage allerdings ausschließlich nach dem 7-Tage-Inzidenzwert richten, bestehen die oben angeführten Bedenken.

2.3.2. Antigen-Schnelltests als milderer Mittel gegenüber verpflichtenden PCR-Tests

Nach dem Beschluss der Ministerpräsidentenkonferenz vom 10. August 2021 soll ein negativer PCR-Test, der nicht älter als 48 Stunden ist, sowie ein negativer Antigen-Schnelltest, der nicht älter als 24 Stunden ist, als Zugangsvoraussetzung anerkannt werden.²⁸ Einzelne Bundesländer wie Baden-Württemberg machen den Zugang zu bestimmten Einrichtungen (z.B. Clubs und Diskotheken) ausschließlich von dem Vorzeigen eines maximal 48 Stunden alten **negativen PCR-Tests** abhängig.²⁹

In diesen Fällen könnte ein **negativer Antigen-Schnelltest als milderer Mittel** in Betracht kommen. Anders als beim PCR-Test ist der Antigen-Schnelltest in der Regel einfacher, schneller und

24 RKI, Wöchentlicher Lagebericht des RKI zur Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) vom 26. August 2021, S. 15 ff., abrufbar unter: https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Wochenbericht/Wochenbericht_2021-08-26.pdf?blob=publicationFile. Während aktuelle Befragungen darauf hindeuten, dass bereits mehr Erwachsene in Deutschland mindestens einmal geimpft sind als offiziell erfasst, bestehen in Bezug auf die Impfquoten zu vollständig Geimpften keine derartigen Unsicherheiten. Siehe dazu: Der Tagesspiegel vom 12. August 2021, Wie viele Deutsche sind wirklich schon geimpft?, abrufbar unter: <https://www.tagesspiegel.de/politik/wie-viele-deutsche-sind-wirklich-schon-geimpft-selbst-das-rki-sieht-eine-gewisse-unsicherheit/27502178.html>.

25 Siehe hierzu RKI, Wöchentlicher COVID-19-Lagebericht vom 26. August 2021, S. 18 ff., abrufbar unter: https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Wochenbericht/Wochenbericht_2021-08-26.pdf?blob=publicationFile.

26 Vgl. FAQ des RKI, Wie wirksam sind die mRNA-COVID-19-Impfstoffe?, Stand: 23. Juli 2021, abrufbar unter: <https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/COVID-Impfen/gesamt.html;jsessionid=E4FB055ADDC60D49B7E553DADC0D2483.internet112>.

27 Vgl. Grzeszick, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 94. EL Januar 2021, Art. 20 Rn. 122.

28 Videoschaltkonferenz der Bundeskanzlerin mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder am 10. August 2021, S. 4, abrufbar unter: <https://www.bundesregierung.de/re-source/blob/974430/1949532/d3f1da493b643492b6313e8e6ac64966/2021-08-10-mpk-data.pdf?download=1>.

29 § 14 Abs. 3 der Verordnung der Landesregierung über infektionsschützende Maßnahmen gegen die Ausbreitung des Virus SARS-CoV-2 (Corona-Verordnung – CoronaVO) vom 14. August 2021.

kostengünstiger durchzuführen, da der Test nicht durch medizinisch geschultes Personal im Labor ausgewertet werden muss. Zudem verläuft die Testung beim Antigen-Schnelltest regelmäßig körperlich weniger invasiv, da ein Abstrich nur aus dem vorderen Nasenbereich vorgenommen wird. Nach dem bisherigen wissenschaftlichen Stand sind PCR-Tests allerdings ein besonders verlässliches Instrument zur Erkennung einer COVID-19-Infektion.³⁰ Antigen-Schnelltests weisen demgegenüber eine nicht unerhebliche Fehleranfälligkeit auf.³¹ Daher sind sie **nicht gleich gut geeignet**, zuverlässig Infektionen zu erkennen.

2.3.3. Kostenfreie Antigen-Schnelltests als milderes Mittel

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass ab dem 11. Oktober 2021 die **Antigen-Schnelltests kostenpflichtig** werden sollen.³² Dies wird damit begründet, dass inzwischen dem Großteil der Bürger ein unmittelbares Impfangebot gemacht werden könne und daher eine dauerhafte Übernahme der Kosten für alle Tests durch den Bund und damit den Steuerzahler nicht mehr angezeigt sei. Derzeit steht es noch nicht fest, wie viel ein Antigen-Schnelltest kosten wird.³³ Als milderes Mittel gegenüber kostenpflichtigen Antigen-Schnelltests könnte eine weitere kostenlose Bereitstellung von Antigen-Schnelltests in Betracht kommen. Voraussetzung dafür, dass eine Maßnahme als milderes Mittel gelten kann, ist aber, dass die Maßnahme nicht Dritte oder die Allgemeinheit stärker belastet.³⁴ Eine weitere Kostenübernahme für die Tests würde zu einer **höheren finanziellen Belastung des Bundeshaushalts** führen. Sie wäre daher kein milderes Mittel.

2.4. Angemessenheit

Die Testpflicht für Ungeimpfte müsste schließlich auch **angemessen** sein. Das bedeutet, dass die staatliche Maßnahme nicht außer Verhältnis zum Zweck des Eingriffes stehen darf. Das Gebot der Angemessenheit erfordert eine Abwägung zwischen dem Nutzen der Maßnahme und den durch die Maßnahmen herbeigeführten Beeinträchtigungen.³⁵

30 Information der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung vom 16. April 2021, abrufbar unter: <https://www.infektionsschutz.de/coronavirus/tests-auf-sars-cov-2/pcr-test.html>.

31 Information der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung vom 1. Juli 2021, abrufbar unter: <https://www.infektionsschutz.de/coronavirus/tests-auf-sars-cov-2/antigen-schnelltest.html#c14951>.

32 Ebenda, S. 5.

33 Berliner Morgenpost, Wie teuer Corona-Tests sind und ab wann sie Geld kosten vom 11. August 2021, abrufbar unter: <https://www.morgenpost.de/vermishtes/article233016803/corona-test-kosten-neue-regel-pcr-antigen.html>.

34 Jarass, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 16. Auflage 2020, Art. 20 Rn. 119 m.w.N.

35 Grzeszick, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 94. EL Januar 2021, Art. 20 Rn. 117.

Im Rahmen der Abwägung sind das Gewicht der betroffenen Interessen sowie die **Eingriffstiefe** zu berücksichtigen.³⁶

Dem **Lebens- und Gesundheitsschutz der Bevölkerung** kommt ein **besonders hoher Stellenwert** zu. Den Staat trifft insoweit eine Schutzpflicht, sodass er sich schützend und fördernd vor das Leben und die Gesundheit des Einzelnen stellen muss. Die aktuelle Rechtsprechung zu den infektionsschutzrechtlichen Maßnahmen zeigt auf, dass diese höchsten Rechtsgüter einschneidende Maßnahmen rechtfertigen können.³⁷

Auf der anderen Seite ist insbesondere die **allgemeine Handlungsfreiheit** aus Art. 2 Abs. 1 GG der Ungeimpften betroffen. Die Eingriffsintensivität ist umso höher, je größer die **Reichweite** der Maßnahme ist. Durch die Regelung soll der Zugang zu einer Vielzahl an Einrichtungen und Veranstaltungen eingeschränkt werden. Dadurch wird es Ungeimpften erschwert, am sozialen und kulturellen Leben teilzunehmen. Zu bedenken ist, dass im Herbst und Winter soziale Aktivitäten vermehrt in den Innenbereich verlegt werden und die derzeit noch bestehende Möglichkeit der Teilnahme an Aktivitäten im Außenbereich in den kommenden Monaten sich dadurch deutlich reduziert.

Soweit durch die Maßnahme der Besuch von Familienmitgliedern oder Freunden und Bekannten in Krankenhäusern, Alten- und Pflegeheimen eingeschränkt wird, ist auch der **Schutz der Familie** aus Art. 6 Abs. 1 GG bzw. das Allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG betroffen. Die Erfahrungen aus den vergangenen Lockdowns haben gezeigt, dass soziale Isolation gravierende Folgen für die psychische und physische Gesundheit haben kann.³⁸

Zu berücksichtigen ist dabei, dass bei einer 3G-Regel – anders als bei einem grundsätzlichen Besuchsverbot oder Lockdown – der Einzelne durch eigenes Handeln die Voraussetzung für seine Zugangsberechtigung schaffen kann. Zumindest bei den Antigen-Schnelltests ist der damit verbundene körperliche Eingriff kurzfristig unangenehm, aber wenig invasiv. Weder die Antigen-Schnelltests noch die PCR-Tests führen zu längerfristigen gesundheitlichen Beeinträchtigungen. Die Schwere des Eingriffs durch die Testpflicht hängt zum einen von dem damit verbundenen Aufwand und den Kosten der Tests ab und davon, in welchem Verhältnis diese zu dem Wert der begehrten Leistung stehen. Je höher der Aufwand und die Kosten sind, desto größer wird die Hemmschwelle, einen Test zu machen, um Zugang zu einer Veranstaltung oder Einrichtung zu bekommen. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Kosten des Tests außer Verhältnis zum Wert der Leistung stehen. Darüber hinaus wiegt der Eingriff schwerer, je geringer das Einkommen ist.

36 Klatt/Meister, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, JuS 2014, 193 (196 f.).

37 BayVG, Beschl. v. 6. Juli 2021 – 25 NE 21.1647 – sowie Beschl. v. 5. Juli 2021 – 25 NE 21.1719 –, beides juris; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 11. Mai 2021 – OVG 11 S 41/21 –, juris; Thüringer OVG, Beschl. v. 14. April 2021 – 3 EN 195/21 –, juris; BVerfG Beschl. v. 21.11.2020 – 1 BvQ 135/20, NVwZ 2021, 141.

38 Siehe dazu Deutschlandfunk Kultur vom 12. August 2020, Pflegeheime in Coronazeiten – Gravierende Folgen der Isolation, abrufbar unter: https://www.deutschlandfunkkultur.de/pflegeheime-in-coronazeiten-gravierende-folgen-der-isolation.1008.de.html?dram:article_id=482248 ; Süddeutsche Zeitung vom 27. Oktober 2020, Abriegeln macht die Leute krank, abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/muenchen/starnberg/krailling-pflegeheime-coronavirus-besuchsverbot-1.5094614>.

Die Schwere des Eingriffs in die **Berufsfreiheit** der Veranstalter und Inhaber der betroffenen Einrichtungen hängt in erster Linie davon ab, wie sehr die Maßnahme zu einer Reduktion der Kundenschaft führt. Angesichts dessen, dass eine Mehrheit der Bevölkerung geimpft bzw. genesen ist und auch Ungeimpften der Zugang zu einer Veranstaltung oder Einrichtung mithilfe eines negativen Tests möglich ist, dürfte der Eingriff durch die 3G-Regel weniger schwer wiegen.

Für die Bewertung der Angemessenheit wird es darauf ankommen, ob und ggfs. auf welche Zeitspanne die **Maßnahmen befristet** sind. Die Rechtsprechung weist darauf hin, dass umso höhere Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit zu stellen sind, je länger die Einschränkungen andauern und je intensiver die Freiheitsrechte berührt werden.³⁹ Dass Bund und Länder im vorliegenden Fall die regionale pandemische Lage angemessen berücksichtigen wollen, wird durch den Beschluss der Ministerpräsidentenkonferenz vom 10. August 2021 deutlich. Danach können die Länder Regelungen vorsehen, wonach die 3G-Regel ganz oder teilweise ausgesetzt wird, solange die 7-Tage-Inzidenz in einem Landkreis stabil unter 35 Neuinfektionen pro 100.000 Einwohnern liegt oder das Indikatorensystem eines Landes (das weitere Faktoren einbezieht, wie zum Beispiel die Hospitalisierung) ein vergleichbar niedriges Infektionsgeschehen widerspiegelt und ein Anstieg der Infektionszahlen durch die Aussetzung der Regelungen nicht zu erwarten ist.⁴⁰

Letztlich kommt es bei der Bewertung der Angemessenheit einer 3G-Regel auf die konkreten Umstände des Einzelfalls an.

3. Verfassungsmäßigkeit der sogenannten 2G-Regel

Nach der sogenannten 2G-Regel, sollen nur Geimpfte sowie Genese unbeschränkt Zutritt zu bestimmten Innenräumen haben. Ungeimpften Personen soll dagegen nicht die Möglichkeit eingeräumt werden, sich „freizutesten“.

3.1. Beschränkungen gegenüber freiwillig Ungeimpften

Bezüglich der Grundrechtsrelevanz von Zutrittsbeschränkungen zu Innenbereichen für freiwillige Ungeimpfte, d.h. solche nicht-immunisierte Personen, für die eine Impfpflicht vorliegt, kann auf die Ausführungen oben unter 2. verwiesen werden. Dies gilt auch für die Ausführungen oben unter 2.1 und 2.2 zum legitimen Zweck und zu der Geeignetheit der Zutrittsbeschränkungen.

3.1.1. Erforderlichkeit

Zur Vermeidung von Wiederholungen wird zunächst auf die Ausführungen zur Erforderlichkeit (2.3.1.) verwiesen. Ob nicht schon andere, weniger einschneidende Maßnahmen gleich geeignet sind, den Gesundheitsschutz sicherzustellen und das Gesundheitssystem vor Überlastung zu schützen, hängt von den oben unter 2.3 dargestellten verschiedenen Faktoren ab. Eine Beurteilung, ob das Verschreiben von Schutz- und Hygienemaßnahmen zur Erreichung des verfolgten

39 OVG Saarlouis vom 22. April 2020 – 2 B 130/20, Rn. 25 u. Rn. 31.

40 Videoschaltkonferenz der Bundeskanzlerin mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder am 10. August 2021, S. 5, abrufbar unter: <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/974430/1949532/d3f1da493b643492b6313e8e6ac64966/2021-08-10-mpk-data.pdf?download=1>.

Zwecks ausreicht, kann nur unter Heranziehung der oben genannten Faktoren **im Einzelfall** erfolgen. Im Hinblick auf die wissenschaftlichen Unsicherheiten ist dem Gesetzgeber ein **weiter Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum** einzuräumen.⁴¹

Als **milderes Mittel** gegenüber einem völligen Ausschluss Ungeimpfter kommt zudem eine Testpflicht in Betracht. Insbesondere das Vorschreiben von negativen **PCR-Tests als Zugangsvoraussetzung** könnte ein milderes, gleich geeignetes Mittel darstellen, da sie nach bisherigem wissenschaftlichen Stand ein besonders verlässliches Instrument zur Erkennung einer COVID-19-Infektion sind.⁴² Die für einen PCR-Test aufzubringenden höheren Kosten und der notwendige zeitliche Vorlauf sind zusätzlich zu berücksichtigen. Demgegenüber dürften Antigen-Schnelltests aufgrund ihrer Fehleranfälligkeit nicht gleichermaßen geeignet sein, zuverlässig Infektionen zu erkennen.⁴³

Allerdings stellen beide Testformen immer nur eine **Momentaufnahme** dar. Im Unterschied zu Geimpften und Genesenen spielen Ungeimpfte bei der Epidemiologie der Erkrankung weiterhin eine wesentliche Rolle, da eine höhere Gefahr der Erkrankung sowie der Weitergabe des Virus besteht. Zwar vermittelt auch die Impfung keine hundertprozentige Sicherheit gegen Ansteckungen und die Weitergabe des Virus. Das Robert Koch-Institut kommt aber derzeit zu der Einschätzung, dass bei Geimpften das Risiko einer Virusübertragung so stark vermindert ist, dass diesen bei der Epidemiologie der Erkrankung keine wesentliche Rolle mehr zukommt.⁴⁴

3.2. Angemessenheit

Der Ausschluss von ungeimpften Personen müsste auch **angemessen** sein. Im Rahmen der Abwägung sind das Gewicht der betroffenen Interessen sowie die **Eingriffstiefe** zu berücksichtigen.⁴⁵

Dem **Lebens- und Gesundheitsschutz der Bevölkerung** kommt ein **besonders hoher Stellenwert** zu. Den Staat trifft insoweit eine Schutzpflicht, sodass er sich schützend und fördernd vor das Leben

41 Vgl. Grzeszick, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 94. EL Januar 2021, Art. 20 Rn. 122.

42 Information der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung vom 16. April 2021, abrufbar unter: <https://www.infektionsschutz.de/coronavirus/tests-auf-sars-cov-2/pcr-test.html>.

43 RKI, Nationale Teststrategie, Stand: 16. August 2021, abrufbar unter: https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Teststrategie/Nat-Teststrat.html;jsessionid=B49438697D7B19655ADF919F4AF634A1.internet061; Apotheken Umschau, Wenn Schnelltests falsch liegen, vom 25. Mai 2021, abrufbar unter: <https://www.apotheken-umschau.de/krankheiten-symptome/infektionskrankheiten/wenn-schnelltests-falsch-liegen-781045.html>.

44 Siehe die Information des RKI, Stand: 14. Juli 2021, abrufbar unter: [RKI - Navigation - Können Personen, die vollständig geimpft sind, das Virus weiterhin übertragen?](#)

45 Klatt/Meister, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, JuS 2014, 193 (196 f.).

und die Gesundheit des Einzelnen stellen muss. Die aktuelle Rechtsprechung zu den infektionsschutzrechtlichen Maßnahmen zeigt auf, dass diese höchsten Rechtsgüter einschneidende Maßnahmen rechtfertigen können.⁴⁶

Auf der anderen Seite ist insbesondere die **allgemeine Handlungsfreiheit** der ungeimpften Person betroffen. Der Ausschluss ungeimpfter Personen von vielen sozialen und kulturellen Aktivitäten stellt an sich einen **schwerwiegenden Eingriff** in ihre allgemeine Handlungsfreiheit dar. Die Eingriffsintensivität ist umso höher, je größer die **Reichweite** der Maßnahme ist. Sollten jegliche Veranstaltungen sowie die ganze Innengastronomie von einer sogenannten 2G-Regel erfasst sein, wird es ungeimpften Personen in erheblichem Maße erschwert, am sozialen und kulturellen Leben teilzunehmen. Zu bedenken ist, dass im Herbst und Winter soziale Aktivitäten vermehrt in den Innenbereich verlegt werden und die derzeitig noch bestehende Möglichkeit der Teilnahme an Aktivitäten im Außenbereich in den kommenden Monaten sich dadurch deutlich reduziert. Eine weitere Verschärfung kann sich durch das **Zusammenspiel mit möglichen weiteren Maßnahmen** ergeben, wenn diese dazu führen, dass für Ungeimpfte keine oder kaum Möglichkeiten der kulturellen und sozialen Teilhabe bestehen.

Auch der Eingriff in die **Berufsfreiheit** der Veranstalter und Gastronomen wiegt **schwer**, wenn diese einen Teil der Bevölkerung nicht teilnehmen lassen und bewirten dürfen. Hier gilt es jedoch zu berücksichtigen, dass anders als bei vergangenen Maßnahmen, die eine komplette Schließung vorsahen, mit der 2G-Regel Veranstaltungen mit Geimpften und Genesenen – also einem überwiegenden Teil der Bevölkerung – durchaus stattfinden bzw. diese bewirtet werden können und hierdurch Umsatz erzielt werden kann.

Für die Bewertung der Angemessenheit wird es zudem darauf ankommen, ob und ggfs. wie lange die **Maßnahmen befristet** sind.⁴⁷

Bei der Abwägung der Angemessenheit einer 2G-Regel wird für den Einzelfall zu berücksichtigen sein, wie hoch die Gefahr für Leben und Gesundheit sowie für die Überlastung der öffentlichen Gesundheitsversorgung einzuschätzen ist. Die Verhältnismäßigkeit der zukünftigen Regelungen hängt damit ebenfalls maßgeblich davon ab, welche **epidemische Lage** zum Zeitpunkt des Erlasses gegeben ist und wie die Regelungen mit dieser Lage verknüpft werden. Der Ausschluss von Ungeimpften von Veranstaltungen und in der Gastronomie dürfte angesichts der Schwere des Eingriffs einer **hohen Rechtfertigung** bedürfen. Dem Gesetzgeber kommt aber nicht zuletzt angesichts der wissenschaftlichen Unsicherheiten auch hier ein **Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum** zu.

46 BayVGH, Beschl. v. 6. Juli 2021 – 25 NE 21.1647 – sowie Beschl. v. 5. Juli 2021 – 25 NE 21.1719 –, beides juris; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 11. Mai 2021 – OVG 11 S 41/21 –, juris; Thüringer OVG, Beschl. v. 14. April 2021 – 3 EN 195/21 –, juris; BVerfG Beschl. v. 21.11.2020 – 1 BvQ 135/20, NVwZ 2021, 141.

47 OVG Saarlouis Beschl. V. 22. April 2020 – 2 B 130/20, Rn. 25 u. Rn. 31.

3.3. Beschränkungen gegenüber Ungeimpften, für die keine Impfpflicht vorliegt oder die nicht geimpft werden können

Von den freiwillig Ungeimpften sind diejenigen Personen zu unterscheiden, für welche die Ständige Impfkommission (STIKO) keine Impfpflicht ausgesprochen hat, sowie diejenigen, die sich aufgrund einer Vorerkrankung nicht impfen lassen können. Eine Impfpflicht liegt für alle Personen über zwölf Jahre vor.⁴⁸ Schwangeren empfiehlt die STIKO derzeit keine Impfung. Medienberichten zufolge wird allerdings mit einer erneuten Entscheidung über eine generelle Impfpflicht für Schwangere demnächst gerechnet.⁴⁹

Hinsichtlich Personen, für die keine Impfpflicht vorliegt oder die aus gesundheitlichen Gründen nicht geimpft werden können, erhöht sich die Intensität des Eingriffs dadurch, dass diesen nicht durch eigenes Verhalten möglich ist, die Voraussetzungen für einen unbeschränkten Zutritt zu Veranstaltungen und Gastronomie in Innenräumen zu schaffen.⁵⁰ Daraus folgen im Vergleich zu freiwillig ungeimpften Personen **deutlich erhöhte Anforderungen** an die Verhältnismäßigkeit. Diesen ließe sich durch eine **Ausnahmeregelung** begegnen.

* * *

48 So die am 16. August 2021 aktualisierte Empfehlung der Ständigen Impfkommission, abrufbar unter: https://www.rki.de/DE/Content/Kommissionen/STIKO/Empfehlungen/PM_2021-08-16.html.

49 Siehe Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 11. August 2021, Gesundheitsbehörde CDC rät: Schwangere in Amerika sollen sich gegen Corona impfen lassen, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/gesundheit/coronavirus/us-gesundheitsbehoerde-cdc-raet-schwangeren-zur-corona-impfung-17481381.html>.

50 Vgl. dazu auch die Ausarbeitung der Wissenschaftlichen Dienste, „Verfassungsmäßigkeit von Lockerungen der Maßnahmen zum Infektionsschutz für geimpfte Personen“, WD 3 - 3000 - 015/21 vom 26. Februar 2021, S. 8.