



Ausarbeitung

Verfassungsmäßigkeit von sogenannten 2G-Optionsmodellen am Beispiel der Hamburger Regelung, insbesondere mit Blick auf die Berufsfreiheit der Betreiber von Publikumseinrichtungen

Verfassungsmäßigkeit von sogenannten 2G-Optionsmodellen am Beispiel der Hamburger Regelung, insbesondere mit Blick auf die Berufsfreiheit der Betreiber von Publikumseinrichtungen

Aktenzeichen: WD 3 - 3000 - 151/21
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. Fragestellung

Die Ausarbeitung befasst sich mit der verfassungsrechtlichen Beurteilung von sogenannten 2G-Optionsmodellen am Beispiel der Regelung aus Hamburg, die seit dem 28. August 2021 gilt. Der Wortlaut der Regelung wurde erst am 27. August 2021 veröffentlicht. Erfahrungswerte aus der Anwendung des neuen Rechts liegen noch nicht vor. Insofern kann die hier vorgenommen Untersuchung nur auf eine abstrakte, kursorische Weise erfolgen, die sich angesichts der Dringlichkeit des Auftrages auf einige Kernpunkte beschränkt. Die Prüfung bezieht sich insbesondere auf die Betreiber von Publikumseinrichtungen.

2. Regelungslage in Hamburg

Am 28. August 2021 ist in Hamburg eine Änderung der Hamburgischen SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung¹ in Kraft getreten. Danach gibt es für bestimmte Publikumseinrichtungen – wie z. B. Theater, Kinos, Hotels, Restaurants, Schwimmbäder, Fitnessstudios, Sportveranstaltungen, Volksfeste – sowie für religiöse Veranstaltungen, Trauerfeiern und private Feierlichkeiten die Option, Angebote ausschließlich für Geimpfte und Genesene im Sinne des § 2 Nr. 2 bis Nr. 7 COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung² zu offerieren. Diese Angebote werden im Gegenzug von zahlreichen Vorgaben der Hamburgischen SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung (wie z. B. Abstandsregelungen, Tanzverbot, Sperrstunde) freigestellt und es dürfen mehr Personen zugelassen werden (**sog. 2G-Optionsmodell**).

Die Betreiber, Betriebsinhaber, Veranstalter und Dienstleistungserbringer der Publikumseinrichtungen (im Folgenden Betreiber) müssen die Teilnahme an der 2G-Option zuvor bei der Stadt Hamburg elektronisch **anzeigen**. Zudem muss die Anwendung der 2G-Option für das Publikum deutlich nach außen **erkennbar** gemacht werden. Zugang zu den Einrichtungen kann dann nur nach **Kontrollen** des Impf- bzw. Genesenen-Nachweises in Verbindung mit einem Lichtbildausweis erfolgen. Auch die im Betrieb **Beschäftigten**, die sich mit Gästen im gleichen Raum aufhalten, müssen einen entsprechenden Nachweis erbringen. Verstöße gegen die Betreiberpflichten können mit einem Bußgeld von 1.000 bis 2.000 Euro und dem Entzug der Möglichkeit der Anwendung der 2G-Option geahndet werden.

1 Verordnung zur Eindämmung der Ausbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 in der Freien und Hansestadt Hamburg (Hamburgische SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung – HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO), gültig ab 28. August 2021, abrufbar unter: <https://www.hamburg.de/verordnung/>.

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

Kinder und Jugendliche unter 18 Jahren werden für eine Übergangsfrist von voraussichtlich sechs Wochen bei der 2G-Option wie Geimpfte und Genesene behandelt.³ Nach dieser Übergangsfrist gilt die Ausnahme nur noch für Kinder unter 12 Jahren fort.

Laut Presseberichten ist das 2G-Modell insbesondere bei Veranstaltern und Gastronomen auf ein geteiltes Echo gestoßen.⁴

3. Auswirkungen des 2G-Optionsmodells auf Grundrechtseinschränkungen für Ungeimpfte

Die neuen Regelungen des 2G-Optionsmodells sind unabhängig von den bestehenden Regelungen zu betrachten. Die zu prüfende Verfassungsmäßigkeit der Ausnahmen nach dem 2G-Optionsmodell sagt nichts über die Verfassungsmäßigkeit der grundsätzlich für alle geltenden Maßnahmen nach der Hamburgischen SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung aus. Die darin enthaltenen Grundrechtseinschränkungen sind für sich genommen in ihrer Verhältnismäßigkeit zu überprüfen. Diese richtet sich vor allem an den von dem Virus ausgehenden Gefahren und dem regionalen Infektionsgeschehen aus. Für einzelne durch die Verordnung angeordnete Maßnahmen gibt es bereits verfassungsrechtliche Einschätzungen seitens der Rechtsprechung, auf welche hier exemplarisch verwiesen wird.⁵

Durch die Einführung des 2G-Optionsmodells tritt zunächst keine Änderung der Grundrechtseinschränkungen für nicht immunisierte Personen (Personen, die weder im Sinne des § 2 Nr. 2 bis Nr. 7 COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung geimpft noch genesen sind – im Folgenden **Ungeimpfte**) ein. Für sie gilt nach wie vor die Hamburgische SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung. Erst nach der Entscheidung von Betreibern von Publikumseinrichtungen, den Zutritt nur nach der 2G-Option zu ermöglichen, kommt es zu einer Einschränkung für den Aufenthalt an bestimmten Orten. Die Betriebe machen insofern von ihrem **Hausrecht** Gebrauch, was ihnen auch vor der neuen Rechtsverordnung jederzeit zugestanden hat.

Ob insofern ein **grundrechtsrelevantes Handeln** vorliegt, ist **differenziert** zu betrachten. Dies richtet sich danach, ob die Betreiber der Einrichtung ihrerseits grundrechtsgebunden sind. Handelt es sich hierbei um **staatliche Einrichtungen** – wie mitunter Museen, Bibliotheken oder Theater – ist eine Grundrechtsbindung gegeben. Insofern ist stets eine Verletzung der Grundrechte,

3 Vgl. Pressemitteilung vom 24. August 2021 „#CoronaHH: Hamburg ermöglicht Zwei-G-Angebote“, abrufbar unter: <https://www.hamburg.de/pressearchiv-fhh/15351830/2021-08-24-sk-corona-verordnung/> sowie Begründung der Fünfundzwanzigsten Verordnung zur Änderung der Hamburgischen SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung, vom 27. August 2021, HmbGVBl. 2021, 573 (590).

4 Siehe z.B. NDR, 2G-Optionsmodell in Hamburg gilt: Geteilte Meinungen, Stand 29. August 2021, abrufbar unter: <https://www.ndr.de/nachrichten/hamburg/coronavirus/2G-Optionsmodell-in-Hamburg-gilt-Geteilte-Meinungen.corona8652.html>.

5 Zur Schließung eines „Outdoor-Trainingsgeländes“: OVG Hamburg, Beschl. v. 25.3.2021 – 5 Bs 57/21; zur Rechtswidrigkeit eines flächendeckenden Alkoholverbots: OVG Hamburg, Beschl. v. 12.3.2021 – 5 Bs 33/21; zum Prostitutionsverbot: OVG Hamburg, Beschl. v. 20.8.2020 – 5 Bs 114/20.

insbesondere der Allgemeinen Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz (GG) zu prüfen. Siehe dazu ausführlich:

Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages. Verfassungsrechtliche Bewertung des Ausschlusses Ungeimpfter von Veranstaltungen und in der Gastronomie, Ausarbeitung vom 17. August 2021, WD 3 - 3000 - 148/21

Anlage

Die Ausarbeitung kommt zu dem Schluss, dass ein genereller Ausschluss von Ungeimpften von Veranstaltungen und in der Gastronomie je nach epidemischer Lage und Impfquote in der Bevölkerung nicht per se verfassungswidrig wäre, aber angesichts der Schwere des Eingriffs einer hohen Rechtfertigung bedarf.

Kirchen als Körperschaften des öffentlichen Rechts kommt eine besondere Stellung zu.⁶ Die Frage, inwieweit ein 2G-Modell mit der Religionsfreiheit (Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 GG) vereinbar ist, bedarf einer eigenständigen Betrachtung.

Private Betreiber von Publikumseinrichtungen sind grundsätzlich frei in der Gestaltung ihrer Zutrittsregelungen, ohne dabei unmittelbar an Grundrechte gebunden zu sein. Die Grundrechte entfalten jedoch eine sog. mittelbare Drittwirkung,⁷ da der Regelungsgehalt der Grundrechte bei der Auslegung des Privatrechts durch die Gerichte mit einwirkt.⁸ Des Weiteren wurde eine mittelbare Drittwirkung im Privatrechtsverhältnis auch anerkannt bei Massenveranstaltungen und Monopolen mit lebenswichtigen Gütern.⁹ Daraus folgt, dass eine Abwägung der betroffenen Rechte im jeweiligen Einzelfall vorzunehmen ist.¹⁰

Eine Verletzung des durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützten **Grundrechts auf Familie** steht bei dem Hamburger 2G-Optionsmodell aktuell nicht zu befürchten. Es ist explizit vorgesehen, dass Kinder und Jugendliche unter 18 Jahren bei der 2G-Option wie Geimpfte und Genesene zu behandeln sind (§ 10j Abs. 1 S. 1 Hamburgische SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung). Ausweislich der Begründung der Rechtsverordnung soll diese Ausnahme für die 12- bis 17-jährigen Personen für einen Übergangszeitraum von voraussichtlich sechs Wochen gelten, da für diese erst seit wenigen Wochen eine Impfpflicht der Ständigen Impfkommission (STIKO) vorliege und diese Personengruppe daher auf Grundlage dieser Empfehlung noch nicht über einen vollständigen Impfschutz verfügen könne. Nach Ablauf der Übergangsfrist beabsichtigt der Verordnungsgeber, die

6 Vgl. nur: Arning, Grundrechtsbindung der kirchlichen Gerichtsbarkeit, 2017, S. 23 ff.

7 Herdegen, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, 92. EL August 2020, Art. 1 Abs. 3 Rn. 64.

8 Siehe dazu auch Ausarbeitung der Wissenschaftlichen Dienste, Fragen zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von Ungleichbehandlungen von geimpften gegenüber ungeimpften Personen, WD 3 - 3000 - 001/21, S. 9 ff.

9 Vgl. BVerfGE 148, 267 (Ls 2); Ruffert, JuS 2020, 1 (4).

10 Ausarbeitung der Wissenschaftlichen Dienste, Fragen zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von Ungleichbehandlungen von geimpften gegenüber ungeimpften Personen, WD 3 - 3000 - 001/21, S. 10.

Ausnahme allein auf die Personengruppe der Kinder bis zu Vollendung des zwölften Lebensjahres zu beschränken, da für diese Personengruppe bisher kein Impfstoff zugelassen sei und in dieser Personengruppe nur höchst selten schwere Erkrankungsverläufe und Hospitalisierungen zu verzeichnen seien.¹¹ Durch die Ausnahmen ist derzeit hinreichend gewährleistet, dass Familien nicht durch Separierung an einem gemeinsamen Besuch der Publikumseinrichtungen gehindert sind. Nach dem Ablauf der Übergangsfrist dürfte eine erneute Prüfung anhand des Grundrechts nach Art. 6 Abs. 1 GG angezeigt sein.

Darüber hinaus wäre es in die Abwägung der Verhältnismäßigkeit auch einzubeziehen, wenn sich ein sehr hoher Anteil der Betreiber von Publikumseinrichtungen dazu entschließen würde, die 2G-Option zu wählen. In diesem Fall wäre ein Ausschluss von Ungeimpften von fast allen Veranstaltungen, Restaurants und Kultureinrichtungen etc. und somit ein weitgehender Ausschluss vom kulturellen und sozialen Leben die Folge. Es bedürfte dann einer weitergehenden Prüfung, inwieweit eine kulturelle Teilhabe durch den Staat ermöglicht werden müsste. Nach ersten Presseberichten wird es nach jetzigem Stand aber viele Betreiber von Publikumseinrichtungen geben, die beim 3G-Modell bleiben werden.¹²

4. Auswirkungen des 2G-Optionsmodells auf Geimpfte und Genesene

Für die Geimpften und Genesenen führt das 2G-Optionsmodell zu keinen über die Hamburgische SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung hinausgehenden Grundrechtseinschränkungen. Sie haben die Wahl zwischen dem Besuch von Einrichtungen, die sich für das 2G-Option entschieden haben, und solchen, die nach den allgemeinen Eindämmungsmaßnahmen weiterpraktizieren.

Die sich aus der Kontrollpflicht ergebenden Einschränkungen für die Betriebe auf der einen sowie die Offenlegungspflichten für die Geimpften und Genesenen auf der anderen Seite entsprechen im Wesentlichen denen bei der Kontrolle nach den 3G-Regeln (§ 2a, § 10h Abs. 2 Hamburgische SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung). In den Fällen der 3G-Regel ist allerdings der Testnachweis in verkörperter oder digitaler Form ausreichend; ein Lichtbildausweis muss nicht zusätzlich vorgezeigt werden.

5. Auswirkungen des 2G-Optionsmodells auf Betreiber von Publikumseinrichtungen

Fraglich ist, ob die Regelungen des 2G-Optionsmodells überhaupt in Grundrechte der Betreiber eingreifen. Die Entscheidung für das 2G-Modell können die Betreiber selbst treffen, sodass argumentiert werden könnte, dass es sich um eine freie Entscheidung handelt und daher kein Eingriff des Staates besteht. Jedoch haben die Betreiber nur die Wahl zwischen dem 2G-Modell und dem 3G-Modell, das strengere Einschränkungen etwa hinsichtlich des Abstandsgebots und der Sperrstunde vorsieht. Abhängig von der Art der Einrichtung kann dies dazu führen, dass ein Betrieb ohne Wahl des 2G-Modells nicht zweckmäßig ist. Zumindest in Bezug auf diese Einrichtungen

11 Begründung zur Fünfzigsten Verordnung zur Änderung der Hamburgischen SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung, HmbGVBl. Nr. 55 vom 27. August 2021, S. 590.

12 Vgl. nur: Ansari/Seckel, Der große Ärger wegen Hamburgs 2G-Modell, Spiegel-Online vom 26. August 2021, abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/2g-in-hamburg-nur-wenige-restaurants-und-bars-machen-ab-samstag-mit-a-80b9011e-a175-480a-b720-3f55afb3d518>.

kann nicht von einer freien Entscheidung ausgegangen werden. Daher sind die Beschränkungen, denen diese Betriebe weiterhin unterliegen, als Grundrechtseingriffe zu qualifizieren.

Für die Betreiber von Publikumseinrichtungen sieht das 2G-Optionsmodell die unter 2. beschriebenen Pflichten vor. Zudem lässt das 2G-Optionsmodell nicht sämtliche der allgemein vorgesehenen Corona-Eindämmungsmaßnahmen wegfallen, sondern sieht im Einzelnen zum Teil auch nur bestimmte Erleichterungen gegenüber den allgemeinen Beschränkungen vor. Dies berührt insbesondere die Berufsfreiheit der Betreiber von Publikumseinrichtungen.

5.1. Berufsfreiheit der Betreiber von Publikumseinrichtungen

5.1.1. Schutzbereich der Freiheit der Berufsausübung

Als einheitliches Grundrecht schützt Art. 12 Abs. 1 GG Berufswahl und Berufsausübung. Art. 12 Abs. 1 GG bewirkt einen umfassenden Schutz der **Freiheit der Berufsausübung**, der sich nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch auf das Recht, Art und Qualität der am Markt angebotenen Güter und Leistungen selbst festzulegen und damit den **Kreis der angesprochenen Interessenten selbst auszuwählen**, erstreckt.¹³

Zur Berufsausübung gehört auch die Entscheidung über die **Auswahl des eingesetzten Personals** und über **Maßnahmen für die Zugangskontrolle** zu den eigenen Räumlichkeiten.

5.1.2. Eingriffe

Das Erfordernis, dass die **beschäftigten** oder **sonst tätigen Personen**, die sich mit Kunden, Besuchern, Gästen, Veranstaltungsteilnehmern oder sonstigen Personen, die das jeweilige Angebot in Anspruch nehmen, in denselben Räumlichkeiten oder räumlichen Bereichen aufhalten, **geimpft oder genesen** sein müssen (§ 10j Hamburgische SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung), greift in die Personalentscheidung und damit in die Berufsausübungsfreiheit der Betreiber der Publikumseinrichtungen ein.

Daneben greifen auch die im 2G-Optionsmodell **weiterhin geltenden Beschränkungen** (z. B. Begrenzung der Teilnehmerzahl bei Tanzlustbarkeiten oder Sportveranstaltungen, Maskenpflicht in bestimmten geschlossenen Räumen, § 15a Abs. 2, § 18a Abs. 1 S. 3 Hamburgische SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung) in die Berufsfreiheit der Betreiber ein.

Nicht zuletzt ist ein Eingriff in den bußgeldbewehrten **Zugangskontrollpflichten** zu sehen, die den Betreibern und Veranstaltern obliegen (§ 10j Abs. 1 Nr. 4 Hamburgische SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung).

5.1.3. Schranken und Verhältnismäßigkeit

Eingriffe in die Berufsausübung unterstehen dem Regelungsvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG, sie können daher durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden.

13 BVerfGE 121, 317 (345).

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts müssen Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, die durch **ausreichende Gründe des Gemeinwohls** gerechtfertigt ist. Sie stehen unter dem Gebot der Verhältnismäßigkeit. Das heißt, sie müssen „zur Erreichung des Eingriffsziels geeignet sein und dürfen nicht weiter gehen, als es die Gemeinwohlbelange erfordern [...]. Die Eingriffsmittel dürfen zudem nicht übermäßig belastend sein.“¹⁴ Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist gewahrt, wenn der Eingriff einen legitimen Zweck in geeigneter, erforderlicher und angemessener Weise verfolgt.¹⁵

5.1.3.1. Legitimer Zweck

Zunächst muss der Grundrechtseingriff einen legitimen Zweck verfolgen. Mit den verbleibenden Restriktionen wird bezweckt, durch die Eindämmung der möglichen Verbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 und der hierdurch verursachten Krankheit COVID-19 den **Schutz der Gesundheit der Bevölkerung** sicherzustellen und insbesondere die **Überlastung des Gesundheitssystems zu verhindern**. Dabei handelt es sich um einen legitimen Zweck.

Vereinzelte wird vertreten, dass der Schutzauftrag des Staates für Leben und Gesundheit dort ende, wo es dem Einzelnen in zumutbarer Weise möglich sei, 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 kann.¹⁶ 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 zu infizieren und schwer zu erkranken nach bisherigen Erkenntnissen sehr gering ist, so ist über die gesundheitlichen Langzeitfolgen gerade auch bei Kindern noch wenig bekannt.¹⁷ All dies spricht dafür, dass dem Gesetz- und Verordnungsgeber weiterhin ein weiter Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum zukommt.¹⁸

14 BVerfG, Urteil vom 30. 7. 2008 - 1 BvR 3262/07, 1 BvR 402/08, 1 BvR 906/08, NJW 2008, 2409 Rn. 95.

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

16 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-grundsätze-demokratie>; Hoven/Rostalski, Drei fatale Fehlannahmen in der Pandemie-Diskussion, Die Welt vom 3. August 2021.

17 RKI, Gesundheitliche Langzeitfolgen, Können Kinder auch gesundheitlichen Langzeitfolgen von COVID-19 entwickeln?, Stand: 20. Mai 2021, abrufbar unter: https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/NCOV2019/FAQ_Liste_Gesundheitliche_Langzeitfolgen.html.

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

Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts zählt der Schutz der Bevölkerung vor Gesundheitsgefahren zu den **überragend wichtigen Gemeinschaftsgütern**, die selbst objektive Berufszulassungsvoraussetzungen und damit erst recht auch Beschränkungen der Berufsausübung rechtfertigen können.¹⁹

5.1.3.2. 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.²⁰

Die Regelung, dass nur **immunisiertes Personal** eingesetzt werden darf, bewirkt, dass in den Publikumsseinrichtungen nur solche Personen miteinander in Kontakt kommen können, die nach der aktuellen **Einschätzung des Robert Koch-Instituts (RKI) keine relevante Rolle im Pandemiegeschehen** mehr spielen.²¹ Zwar können in seltenen Fällen auch vollständig Geimpfte sich infizieren und daraufhin ansteckend sein, da keiner der Impfstoffe eine 100-prozentige Wirksamkeit bieten kann. Je nach Impfstoff ist die Wahrscheinlichkeit, an COVID-19 zu erkranken, bei geimpften Personen aber um ca. 65 bis 95 Prozent geringer als bei nicht geimpften Personen. Hinzu kommt, dass vollständig geimpfte Personen, die sich trotzdem mit COVID-19 angesteckt haben, ein deutlich geringeres Risiko haben, schwer zu erkranken. Auch ist nach den bisherigen wissenschaftlichen Erkenntnissen davon auszugehen, dass das Übertragungsrisiko bei Geimpften sehr reduziert ist.²² Durch das Erfordernis, dass nur immunisiertes Personal eingesetzt werden darf, wird die Ansteckungswahrscheinlichkeit somit sowohl mit Blick auf das Personal selbst als auch die Besucher, die trotz Impfung oder Erkrankung keinen ausreichenden Impfschutz aufbauen konnten, gesenkt. Damit wird nicht zuletzt auch die Gefahr der Weiterverbreitung an Dritte gemindert. Der mit der Regelung bezweckte Gesundheitsschutz der Bevölkerung sowie der Schutz des Gesundheitssystems werden dadurch zumindest gefördert, so dass von einer Geeignetheit der Regelung ausgegangen werden kann.

Hier gilt es allerdings zu bedenken, dass der Verordnungsgeber nichts rechtlich Unmögliches von den Betreibern verlangen darf. Näherer Prüfung bedarf insoweit noch die **arbeitsrechtliche und datenschutzrechtliche Frage**, ob der **Arbeitgeber den Impfstatus seiner Arbeitnehmer abfragen darf**, die hier aus zeitlichen Gründen nicht abschließend vorgenommen werden kann. Nach Ansicht des Hamburgischen Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit fehlt es derzeit an einer entsprechenden Rechtsgrundlage für die meisten Beschäftigungsverhältnisse; anders sei

19 BVerfG, Urteil vom 30. 7. 2008 - 1 BvR 3262/07, 1 BvR 402/08, 1 BvR 906/08, NJW 2008, 2409, Rn. 102.

20 Sachs, in: ders., Grundgesetz, Kommentar, 9. Auflage 2021, Art. 20 Rn. 150.

21 Informationen des RKI, „Können Personen, die vollständig geimpft sind, das Virus weiter übertragen?“ (Stand 5. August 2021), abrufbar unter: <https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/COVID-Impfen/gesamt.html>.

22 Zum Ganzen siehe die Informationen zur Wirksamkeit der Impfstoffe der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung, abrufbar unter: <https://www.infektionsschutz.de/coronavirus/schutzimpfung/wirksamkeit-der-covid-19-impfstoffe.html> sowie Informationen des RKI, „Können Personen, die vollständig geimpft sind, das Virus weiter übertragen?“ (Stand 5. August 2021), abrufbar unter: <https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/COVID-Impfen/gesamt.html>.

dies bei den in § 23 Abs. 3 Infektionsschutzgesetz (IfSG) genannten Einrichtungen (bspw. Krankenhäuser, Arztpraxen, ambulante Pflegedienste, Wohngruppen, Rettungsdienste u.a.). Für alle anderen Arbeitsbereiche könne die Abfrage des Impfstatus von Beschäftigten in Unternehmen auf § 9 Abs. 2 lit. b) Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) und § 26 Abs. 3 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) gestützt werden, wenn Arbeitgeber durch die Abfrage des Impfstatus sich selbst, ihre Beschäftigten und auch Kunden bzw. Gäste vor potentiellen Ansteckungsrisiken besser schützen können. Die Abfrage müsse in diesem Fall aber erforderlich sein.²³

Fraglich ist, ob auch die **weiteren infektionsrechtlichen Beschränkungen**, die bei einem Gebrauchmachen von der 2G-Option einzuhalten sind bzw. mit Modifikationen gelten, geeignet sind. Als Beispiele seien hier genannt: die Maskenpflicht, die in bestimmten Innenräumen weiter einzuhalten ist, Beschränkungen bei der zulässigen Teilnehmerzahl, die Pflicht, eine wirksame Zugangskontrolle durchzuführen. Bei Geimpften und Genesenen kann wie gerade ausgeführt, nicht völlig ausgeschlossen werden, dass diese erkranken und u. U. das Virus weitertragen. Daher sind Maßnahmen, die das Risiko einer Weiterverbreitung mindern, indem sie z. B. Schutz gegen erregerhaltige Aerosole durch eine Maskenpflicht in bestimmten Situationen bieten oder den Kreis der potentiell gefährdeten Personen begrenzen, den bezweckten Zielen zumindest förderlich.

5.1.3.3. Erforderlichkeit

Die Anforderungen müssten 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“²⁴ zu wählen.

Mit Blick auf das Personal mit Kundenkontakt kommt als milderer Mittel in Betracht, neben einem Impf- oder Genesenen-Nachweis auch ein **negatives Testergebnis** ausreichen zu lassen. Dies würde den Betreibern mehr Freiheiten bei der Arbeitsorganisation einräumen. Die Möglichkeit einer „Freitestung“ des Personals als milderer Mittel dürfte insbesondere bei solchen Publikums-einrichtungen in Frage kommen, bei denen **nur wenig Personal mit Kunden in Kontakt** kommt, und damit nur ein überschaubarer Kreis von Personen gefährdet wäre und gefährlich werden könnte. Es spricht einiges dafür, dass bei einer engmaschige Testung des Personals, durch die Infektionen schnell erkannt werden und Infektionsketten schnell unterbrochen werden könnten, **in Kombination mit weiteren Schutz- und Hygienemaßnahmen**, wie bspw. dem Einsatz von Luftfiltern, sich die Gefahrenlage gegenüber dem Einsatz von geimpften Personal nicht erhöht. Ein solches Modell hätte gegenüber dem Einsatz von immunisiertem Personal, das sich nicht testen lassen muss, sogar den Vorteil, dass durch die Testungen ein Infektionsgeschehen bei möglichen Impfdurchbrüchen schnell erkannt werden könnte.²⁵

23 FAQ des Hamburgischen Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit, Abfrage des Impfstatus durch Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber, abrufbar unter: <https://datenschutz-hamburg.de/pages/corona-faq>.

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

25 Siehe dazu auch „Die Welle der Geimpften“, Zeit online vom 27. August 2021.

Allerdings gibt es bislang keine allgemeine **Testpflicht für Arbeitnehmer**. Eine umfassende Testpflicht für alle Beschäftigten in den genannten Publikumseinrichtungen würde in deren **Grundrechte eingreifen**. Aufgrund dieser Grundrechtsbetroffenheit erscheint es fraglich, ob es sich bei der Option eines negativen Testnachweises als Alternative zum Impf- oder Genesenennachweis überhaupt um ein milderes Mittel handelt.

Vor allem ist aber einzuwenden, dass Tests immer nur eine **Momentaufnahme** darstellen. Im Unterschied zu Geimpften und Genesenen spielen Ungeimpfte bei der Epidemiologie der Erkrankung weiterhin eine wesentliche Rolle, da bei ihnen eine höhere Gefahr der Erkrankung und der Weitergabe des Virus besteht.

Die Frage, ob die „Freitestung“ des ungeimpften Personals gleich gut geeignet ist, weil sich die Gefahrenlage gegenüber dem Einsatz ausschließlich immunisierten Personals nicht erhöht, ist letztlich auch abhängig vom **allgemeinen Infektionsgeschehen**, das sich an der 7-Tages-Inzidenz, den Hospitalisierungsraten, der Auslastung der Intensivstationen und der Gefährlichkeit möglicher weiterer Mutationen bemisst. Auch die Impfquote in der von der Maßnahme betroffenen Region dürfte hier zu berücksichtigen sein, da sich bei Fortschreiten des Impfprogramms das Infektions- und Erkrankungsrisiko für Ungeimpfte mit zunehmender Anzahl geimpfter Personen verringert.²⁶ Dabei handelt es sich aber um eine **Tatsachenfrage**, die zum jeweiligen Zeitpunkt der Maßnahme anhand des jeweiligen regionalen Geschehen zu beantworten ist und hier nicht abstrakt beantwortet werden kann.

Dies gilt ebenso für die Erforderlichkeit der zum Teil modifizierten **weiteren Beschränkungen**. Angesichts der erheblichen Ungewissheiten bei der epidemischen Lage und der sich ständig weiterentwickelnden fachlichen Erkenntnisse dürfte dem Verordnungsgeber weiterhin ein **weiter Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum** zukommen.

Ein milderes Mittel zur **Kontrollpflicht** des Nutzers der 2G-Option ist nicht ersichtlich. Die Kontrolle schafft überhaupt erst die Voraussetzung dafür, dass bei der konkreten Publikumseinrichtung nur die dafür berechtigten Personen Zugang erhalten. Schon bei der bisherigen 3G-Regel mussten insbesondere Veranstalter und Gastronomen sich den entsprechenden Status der Geimpften, Genesenen und Getesteten nachweisen lassen. Eine zusätzliche Beschwer bei der 2G-Option ist bei summarischer Prüfung der Regelung nicht offenkundig.

5.1.3.4. Angemessenheit

Die Testpflicht für ungeimpfte Personen 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

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

den durch die Maßnahmen herbeigeführten Beeinträchtigungen.²⁷ Im Rahmen der Abwägung sind das Gewicht der betroffenen Interessen sowie die **Eingriffstiefe** zu berücksichtigen.²⁸

Dem **Lebens- und Gesundheitsschutz der Bevölkerung** kommt ein **besonders hoher Stellenwert** zu. Den Staat trifft insoweit eine Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, sodass er sich schützend und fördernd vor das Leben und die Gesundheit des Einzelnen stellen muss.

Die Intensität des Eingriffs auf Seiten der Betreiber ist abhängig vom Einzelfall. Presseberichten zu Folge befürchtet insbesondere die Gastronomie, dass sie angesichts des zu beklagenden **Persönalmangels** das 2G-Optionsmodell nicht nutzen können.²⁹ Die Schwere des Eingriffs in die Berufsfreiheit der Veranstalter und Inhaber der betroffenen Einrichtungen durch die zum Teil modifizierten **weiteren Beschränkungen** und die **Kontrollpflicht** dürfte in erster Linie davon abhängen, ob die Maßnahmen zu einer Reduktion der Kundschaft führen. Hier ist in der Abwägung zu berücksichtigen, dass die Nutzung des 2G-Optionsmodell gegenüber den allgemeinen infektionsschutzrechtlich notwendigen Maßnahmen gerade viele Erleichterungen vorsieht, was auch zu einer deutlichen Erhöhung der Zahl der Kunden führen kann.

Für die Bewertung der Angemessenheit wird es auch darauf ankommen, ob und ggfs. wie lange 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.³⁰ Zunächst gilt die Verordnung nur befristet bis zum 25. September 2021 (§ 40 Abs. 2 Hamburgische SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung), was eine zeitnahe Überprüfung der Maßnahmen gewährleistet.

Auch im Rahmen der Abwägung der Angemessenheit ist für den Einzelfall zu betrachten, 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. Dem Gesetzgeber kommt aber nicht zuletzt angesichts der wissenschaftlichen Unsicherheiten auch hier ein **Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum** zu.

5.2. Gleichbehandlungsgebot

In der Tatsache, dass die Betreiber, die sich für die 2G-Option entscheiden, kaum noch Einschränkungen nach der Hamburgischen SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung unterliegen,

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

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

29 Siehe NDR, Hamburg, Wie Gastronomie und Kultur 2G umsetzen wollen, 25. August 2021, abrufbar unter: <https://www.ndr.de/nachrichten/hamburg/coronavirus/Hamburg-Wie-Gastronomie-und-Kultur-2G-umsetzen-wollen.corona8628.html>.

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

während die anderen Betreiber die allgemeinen Schutzmaßnahmen uneingeschränkt weiter einhalten müssen, könnte ein Verletzung des Gleichheitsgrundrechts aus Art. 3 Abs. 1 GG liegen.

5.2.1. Ungleichbehandlung wesentlich gleicher Sachverhalte

Dafür müsste zunächst eine Ungleichbehandlung wesentlich gleicher Sachverhalte vorliegen.³¹ Die Gruppe der Betreiber von Publikumseinrichtungen wird durch das Optionsmodell in solche geteilt, die den Beschränkungen nach dem 2G-Optionsmodell oder den allgemeinen Beschränkungen unterliegen. Erstere müssen zum Beispiel keine Abstandsregeln mehr einhalten, letztere hingegen schon. Insofern liegt eine Ungleichbehandlung innerhalb der Gruppe der Betreiber von Publikumseinrichtungen vor.

5.2.2. Verhältnismäßigkeit

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist das Gleichheitsgebot dann verletzt, wenn eine Ungleichbehandlung vorliegt, obwohl zwischen beiden Gruppen von Normadressaten keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung **rechtfertigen** könnten.³² Es muss mithin ein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung vorliegen, der in einem **angemessenen Verhältnis** zu der Ungleichbehandlung steht.³³

Dafür muss zunächst ein **legitimes Differenzierungsziel** vorliegen. Nach der Begründung der Rechtsverordnung gebieten die Erkenntnisse des Ordnungsgebers zu den Wirkungen der Immunisierung durch eine Impfung oder eine Genesung von einer COVID-19-Erkrankung „unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit, belastende Schutzmaßnahmen in solchen räumlichen Kontexten aufzuheben, in denen diese nicht mehr erforderlich sind, weil die anwesenden Personen kraft ihrer Immunisierung jeweils selbst über einen ausreichenden individuellen Schutz vor Infektionen, schweren Erkrankungsverläufen und einer Hospitalisierung verfügen.“³⁴ Dies gelte auch für die in die Berufsausübungsfreiheit der Betreiber eingreifenden Schutzmaßnahmen. „Wenn diese in ihren Angeboten räumliche Kontexte schaffen, in denen alle anwesenden Personen über ein ausreichendes individuelles Schutzniveau kraft Immunisierung verfügen, ist es grundrechtlich geboten, die die Berufsausübungsfreiheit beschränkenden Schutzmaßnahmen aufzuheben, weil sich [sic] hier nicht mehr erforderlich sind.“³⁵

Das Differenzierungsziel liegt somit in der **Wahrung des Grundrechtsschutzes** der Betreiber von Publikumseinrichtungen, die dem Schutz vor einer Ansteckung mit dem Coronavirus in besonderem Maße – nämlich durch eine Begrenzung auf immunisierte Personen – Rechnung tragen und

31 BVerfGE 4, 144 (155); Heun, in: Dreier (Hrsg.), GG, Kommentar, 3. Auflage 2013, Art. 3 Rn. 20.

32 Vgl. u.a. zur st. Rspr.: BVerfGE 55, 72 (88); 60, 123 (133 f.).

33 BVerfGE 82, 126 (146); Heun, in: Dreier (Hrsg.), GG, Kommentar, 3. Auflage 2013, Art. 3 Rn. 22.

34 Begründung zur Fünfzigsten Verordnung zur Änderung der Hamburgischen SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung, HmbGVBl. Nr. 55 vom 27. August 2021, S. 590.

35 Begründung zur Fünfzigsten Verordnung zur Änderung der Hamburgischen SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung, HmbGVBl. Nr. 55 vom 27. August 2021, S. 590.

daher den allgemeinen Beschränkungen aus Gründen der Verhältnismäßigkeit nicht mehr unterliegen dürfen. Diese können durch das Optionsmodell in einem wesentlich größeren Maß ihre Grundrechte ausüben, zum Beispiel ihre durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufstätigkeit mit einem größeren Kundenkreis ausüben oder bei Kirchen ihre in Art. 4 Abs. 1 und 2 GG garantierte (kollektive) Religionsausübung.

Das Differenzierungskriterium muss zudem **geeignet** sein, um dieses Ziel zu erreichen. Indem Betreiber von Publikumseinrichtungen, die nur immunisierten Personen Zutritt gewähren wollen, weniger Restriktionen unterliegen, wird bewirkt, dass diese wieder einer größeren Personenzahl zugänglich sind, und mitunter anders genutzt werden können. So können beispielsweise Gastwirte wieder mehr Gäste empfangen, mitunter darf wieder getanzt werden und in Kirchen darf wieder gesungen werden. Auf diese Weise können die jeweiligen Grundrechte der Betreiber wieder mit weniger Beschränkungen als nach der Hamburgischen SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung wahrgenommen werden. Insofern ist die Geeignetheit der Maßnahme anzunehmen.

Die Differenzierung muss zudem auch **erforderlich** sein, um das gewünschte Ziel zu erreichen. Dies erfordert, dass keine weniger eingreifende Differenzierung ersichtlich ist. Ein mildereres Mittel könnte sein, die Einschränkungen für alle Betriebe aufzuheben. Dem stünden aber die Erwägungen des Gesundheitsschutzes als Ziel dieser Beschränkungen entgegen. Insofern stellt dies kein taugliches mildereres Mittel dar. In Betracht käme eine Erweiterung der Erleichterungen auf Betreiber, die einen vergleichbaren Ansteckungsschutz leisten wie jene, die nur Geimpften oder Genesenen einlassen. Dies könnte etwa solche Betreiber betreffen, die auch Besuchern mit einem negativen PCR-Testergebnis Zutritt gewähren. Mit Blick auf die Kosten und den zeitlichen Vorlauf stellen PCR-Tests allerdings regelmäßig kein alltäglich nutzbares Instrument dar. Zudem tragen auch hier die oben (5.1.3.3.) bereits vorgebrachten Argumente insbesondere hinsichtlich der zeitlichen Aussagekraft dieser Tests.³⁶ Ob diese Erweiterung daher tatsächlich ein mildereres Mittel darstellte, erscheint fraglich. Weitere weniger belastende Differenzierungen sind nicht ersichtlich.

Schließlich muss im Rahmen der **Angemessenheit** das Differenzierungsziel gewichtig genug sein, um die Ungleichbehandlung zu rechtfertigen. Würde die Differenzierung zwischen den Betreibern, die das 2G-Modell wählen, und denjenigen, die sich dagegen entscheiden und daher weiterhin den allgemeinen infektionsrechtlichen Einschränkungen unterliegen, nicht vorgenommen, so würden weiterhin unterschiedslos *alle* Betreiber weitgehend in ihrer Grundrechtsausübung beeinträchtigt werden. Soweit das Infektionsgeschehen erfordert, dass insbesondere gegenüber den Nichtimmunisierten einschränkende Maßnahmen ergriffen werden, kann es keine Aufhebung *aller* Beschränkungen für Einrichtungsbetreiber mit Publikumsverkehr geben. Blieben die Beschränkungen hingegen für alle gleichermaßen aufrechterhalten, auch wenn sich die Einrichtungen auf ein immunisiertes Publikum beschränken, so wäre dies unverhältnismäßig. Insofern ist die Differenzierung zwischen den Betreibern je nach gewähltem Zutrittsmodell gerechtfertigt.

36 Vgl. zu weiteren Argumenten hinsichtlich PCR-Tests als Alternative: Wissenschaftliche Dienste, Verfassungsrechtliche Bewertung des Ausschlusses Ungeimpfter von Veranstaltungen und in der Gastronomie, Ausarbeitung vom 17. August 2021, WD 3 - 3000 - 148/21 (Anlage), S. 4 und 5.