



Ausarbeitung

Verfassungsrechtliche Anforderungen an eine 3G-Regel am Arbeitsplatz

Verfassungsrechtliche Anforderungen an eine 3G-Regel am Arbeitsplatz

Aktenzeichen: WD 3 - 3000 - 184/21
Abschluss der Arbeit: 11. November 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.

Inhaltsverzeichnis

| | | |
|-----------|---|----------|
| 1. | Fragestellung | 4 |
| 2. | Verfassungsrechtliche Erwägungen | 5 |
| 2.1. | Zuständigkeit und Rechtsgrundlage | 5 |
| 2.2. | Grundrechtliche Erwägungen | 5 |
| 2.2.1. | Schutzbereich | 5 |
| 2.2.2. | Eingriff | 6 |
| 2.2.3. | Rechtfertigung | 7 |
| 2.2.3.1. | Legitimer Zweck | 7 |
| 2.2.3.2. | Geeignetheit | 8 |
| 2.2.3.3. | Erforderlichkeit | 9 |
| 2.2.3.4. | Angemessenheit | 10 |

1. Fragestellung

Die Ausarbeitung befasst sich mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine verpflichtende **3G-Regel am Arbeitsplatz**.

Eine solche Regelung wurde beispielsweise kürzlich im Ordnungswege in **Bayern** erlassen. Die Regelung nach § 17 S. 1, S. 2 Nr. 4 der Vierzehnten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung¹ tritt in Vollzug, sobald „nach den Zahlen des DIVI-Intensivregisters landesweit mehr als 600 Krankenhausbetten der Intensivstationen mit an COVID-19 erkrankten Personen belegt sind“. In diesem Fall dürfen in Betrieben mit mehr als zehn Beschäftigten (einschließlich Inhaber) diejenigen Mitarbeiter und Inhaber, die Kontakt zu anderen Personen haben können, geschlossene Räume nur noch betreten, wenn sie im Sinne der Covid-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung (SchAusnahmV)² geimpft, genesen oder getestet sind.

Nach Medienberichten wird auch auf **Bundesebene** eine 3G-Regel für den Arbeitsplatz – zusätzlich zu dem bereits vorliegenden Gesetzentwurf zur weiteren Möglichkeit der Anwendung der Corona-Maßnahmen nach der Beendigung der epidemischen Lage nationaler Tragweite³ – erwogen.⁴

Die Verfassungsmäßigkeit einer gesetzlichen Regelung hängt von ihrer konkreten Ausgestaltung ab. Bezüglich der Maßnahmen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie kommt es für die Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit zudem auf die aktuelle epidemische Situation an, die ständigen Änderungen unterliegt. Der Gesetz- bzw. Ordnungsgeber ist daher zur kontinuierlichen Beobachtung und gegebenenfalls Anpassung der Maßnahmen verpflichtet.⁵ Im Folgenden können aus diesen Gründen nur **grundsätzliche Erwägungen** dargestellt werden.⁶

1 Eingeführt durch die Verordnung zur Änderung der Vierzehnten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung vom 5. November 2021 (BayMBl. 2021 Nr. 772 vom 5. November 2021).

2 Verordnung zur Regelung von Erleichterungen und Ausnahmen von Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 (COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung – SchAusnahmV) vom 8. Mai 2021 (BAnz AT 08.05.2021 V1).

3 BT-Drs. 20/15.

4 Siehe etwa tagesschau.de, Vieles noch offen bei 3G-Regel im Job, Stand: 9. November 2021, abrufbar unter <https://www.tagesschau.de/wirtschaft/3g-arbeitsplatz-101.html>.

5 Siehe dazu den Sachstand der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestags, Einschätzungsspielraum, Begründungspflicht und Beobachtungspflicht bei grundrechtsbeschränkenden Maßnahmen, WD 3 - 3000 - 096/21, abrufbar unter <https://www.bundestag.de/resource/blob/701834/3ded447af97bd019d6ca2f80c4a50899/WD-3-096-20-pdf-data.pdf>.

6 Zu arbeits- und datenschutzrechtlichen Fragen siehe Hidalgo/Ceelen/Buziek: „3G-Regelung“ im Betrieb – Nicht so unzulässig wie gedacht?, in: NJW 2021, 3151.

2. Verfassungsrechtliche Erwägungen

2.1. Zuständigkeit und Rechtsgrundlage

Die **Länder** können ihre Corona-Maßnahmen aufgrund der Verordnungsermächtigung gemäß § 32 i.V.m. §§ 28, 28a Infektionsschutzgesetz (IfSG) erlassen. Für eine 3G-Regel ist § 28a Abs. 1 Nr. 2a IfSG relevant, wonach die Verpflichtung zur Vorlage eines Impf-, Genesenen- oder Testnachweises als Schutzmaßnahme zulässig ist. Diese kann nach der Gesetzesbegründung „beispielsweise als Voraussetzung zum Zugang zu Betrieben“ angeordnet werden.⁷ Zu beachten ist, dass Maßnahmen nach § 28a IfSG aktuell nur für die Dauer der epidemischen Lage nationaler Tragweite nach § 5 Abs. 1 S. 1 IfSG bzw. gemäß § 28a Abs. 7 IfSG nach einem entsprechenden Beschluss des jeweiligen Landesparlaments getroffen werden dürfen. Ein Gesetzentwurf zur Änderung von § 28a IfSG, der die Anordnung der Maßnahmen unabhängig von der Feststellung der epidemischen Lage nationaler Tragweite ermöglichen soll, wurde am 11. November 2021 in den Bundestag eingebracht.⁸

Alternativ zu einer Landesverordnung kommt auch eine Regelung durch den **Bund** in Betracht. Dieser hat die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für den Infektionsschutz (§ 74 Abs. 1 Nr. 19 GG) und den Arbeitsschutz (§ 74 Abs. 1 Nr. 12 GG). Neben der Möglichkeit der gesetzlichen Regelung könnte der Bund eine 3G-Regel für den Arbeitsplatz auch im Verordnungswege erlassen, etwa als Teil der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung. Die Verordnungskompetenz ergibt sich hier für die Dauer der epidemischen Lage nationaler Tragweite aus § 18 Abs. 3 Arbeitsschutzgesetz.

2.2. Grundrechtliche Erwägungen

2.2.1. Schutzbereich

Eine 3G-Regelung für den Arbeitsplatz beträfe das Grundrecht der **Berufsfreiheit** nach Art. 12 Abs. 1 GG. Dieses schützt die Wahl und die Ausübung grundsätzlich jeder beruflichen Tätigkeit.⁹

Eine verpflichtende 3G-Regel am Arbeitsplatz könnte mit einer Auskunftspflicht über den jeweiligen Status gegenüber dem Arbeitgeber einhergehen.¹⁰ Dadurch wäre das Recht auf **informationelle Selbstbestimmung** nach § 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG betroffen. Mit der verfassungsrechtlichen und datenschutzrechtlichen Zulässigkeit solcher Eingriffe haben sich bereits die folgenden Ausarbeitungen der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestags befasst, auf die an dieser Stelle verwiesen wird:

- Auskunftspflicht eines Beschäftigten über seinen Impfstatus gegenüber seinem Arbeitgeber, WD 3 - 3000 - 157/21, **Anlage 1**,

7 BT-Drs. 19/32275, S. 27.

8 BT-Drs. 20/15.

9 Manssen, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Auflage 2018, Art. 12 Rn. 37 ff.

10 Siehe zur Unklarheit darüber tagesschau.de, Vieles noch offen bei 3G-Regel im Job, Stand: 9. November 2021, abrufbar unter <https://www.tagesschau.de/wirtschaft/3g-arbeitsplatz-101.html>.

-
- Auskunftspflicht über Impfstatus gegenüber Arbeitgebern, WD 3 - 3000 - 168/21, **Anlage 2**.

Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung wird daher in dieser Ausarbeitung nicht geprüft. Abhängig davon, ob die Regelung sämtliche Berufe betrifft oder nur bestimmte Bereiche, kann auch der allgemeine Gleichbehandlungssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG betroffen sein. Dies ist aber von der konkreten Formulierung abhängig. Die Ausarbeitung beschränkt sich daher auf Ausführungen zu Art. 12 Abs. 1 GG.

2.2.2. Eingriff

Eine 3G-Regel für den Arbeitsplatz dürfte wohl – entsprechend der bereits in anderen Bereichen geltenden 3G-Vorschriften – den Regelungsgehalt haben, dass es nur geimpften, genesenen und getesteten Personen gestattet ist, ihrer Tätigkeit in den Betriebsräumen nachzukommen. Eine solche Maßnahme greift in die berufliche Tätigkeit der Beschäftigten ein. Der Arbeitgeber wird zusätzlich darin beschränkt, seine Mitarbeiter nach eigenen Gesichtspunkten einzusetzen. Die Maßnahme hätte somit einen **Eingriffscharakter**.

Das Bundesverfassungsgericht beurteilt Eingriffe in die Berufsfreiheit anhand der sogenannten **Drei-Stufen-Theorie**.¹¹ Danach hängen die Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit davon ab, wie eingriffsintensiv die Maßnahme ist. Dazu hat das Gericht drei Stufen herausgebildet, wobei die geringsten verfassungsrechtlichen Anforderungen an Regelungen gestellt werden, die nur die Art und Weise der Berufsausübung betreffen, höhere Anforderungen hingegen an solche Regelungen, die den Zugang zu einem Beruf regeln. Bei den Berufszulassungsregelungen wird zudem zwischen den subjektiven und den objektiven unterschieden. Subjektive Zulassungsregelungen sind solche, die an die Zulassung zu einem Beruf Anforderungen stellen, die in der Person des Betroffenen selbst liegen, etwa bestimmte Kenntnisse und Fähigkeiten. Die objektiven Zulassungsregelungen stellen hingegen Anforderungen, die dem Einfluss des Einzelnen gänzlich entzogen sind, wie etwa Bedarfsregelungen.¹²

Fraglich ist, auf welcher Stufe eine 3G-Regel einzuordnen wäre. Maßnahmen des Arbeitsschutzes bzw. der Betriebssicherheit, zu denen eine 3G-Regel gezählt werden könnte, gehören grundsätzlich zu den **Berufsausübungsregelungen**.¹³ Ein Beispiel dafür ist etwa die SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung, die unter anderem eine Verpflichtung der Betriebe zur Erstellung eines Hygienekonzepts enthält.

Hat die 3G-Regel zur Folge, dass eine Person, die sich weigert, den geforderten Nachweis zu erbringen, ihrer Tätigkeit nicht nachkommen kann, so könnte man annehmen, es handle sich um eine **subjektive Berufszulassungsregel**, also eine Regelung, die den Zugang zu einem Beruf von einer in der Person des Betroffenen liegenden Voraussetzung abhängig macht. Hiergegen spricht aber zum einen, dass eine 3G-Regel wohl nicht nur für eine bestimmte Berufsgruppe, sondern für viele verschiedene Berufe Geltung hätte, sodass sie gerade nicht den Zugang zu einem bestimmten Beruf regeln würde. Zudem wäre die 3G-Regel keine dauerhafte Vorgabe, da sie nur während des

11 Ständige Rechtsprechung, siehe nur BVerfGE 7, 377.

12 Siehe zum Ganzen Scholz, in: Maunz/Dürig, GG. 94. EL Januar 2021, Art. 12 Rn. 343, 355, 363.

13 Vgl. Scholz, in: Maunz/Dürig, GG. 94. EL Januar 2021, Art. 12 Rn. 343.

Bestehens der Corona-Pandemie bzw. während des Vorliegens bestimmter Pandemiewerte gelten würde, sodass sie nicht den grundsätzlichen Berufszugang betreffe. Subjektive Berufszulassungsregelungen sind zudem solche, die den Berufszugang von Kriterien abhängig machen, die an bestimmte Eigenschaften oder Kenntnisse der Person anknüpfen, also nicht von jedem ohne Weiteres erfüllt werden können. Die Möglichkeit, sich testen zu lassen, besteht hingegen für jede Person.

Es dürfte sich somit bei der 3G-Regel um eine reine **Berufsausübungsregelung** handeln, für die im Vergleich **eher geringe Anforderungen** an die Verhältnismäßigkeit bestehen.

2.2.3. Rechtfertigung

Grundrechtseingriffe bedürfen einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung. Jeder Eingriff in Freiheitsrechte ist nur gerechtfertigt, wenn er **verhältnismäßig** ist.¹⁴ Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist gewahrt, wenn der Eingriff einen legitimen Zweck in geeigneter, erforderlicher und angemessener Weise verfolgt.¹⁵

2.2.3.1. Legitimer Zweck

Eine 3G-Regelung am Arbeitsplatz hätte wie alle im Zuge der Corona-Pandemie erlassenen Maßnahmen den Zweck, die Verbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 und der hierdurch verursachten Krankheit COVID-19 einzudämmen und damit den **Schutz der Gesundheit der Bevölkerung** sicherzustellen und eine eventuelle **Überlastung des Gesundheitssystems zu verhindern**.

Nach der Rechtsprechung handelt es sich dabei grundsätzlich um **legitime Ziele** für Grundrechtseingriffe.¹⁶ Nimmt man an, dass es sich bei der 3G-Regel um eine Berufsausübungsregelung handelt, so müsste es sich bei den Zielen nur um vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls handeln.¹⁷ Nähme man hingegen an, dass es sich um eine subjektive Berufszulassungsregelung handelte, würde dies voraussetzen, dass die Maßnahmen zum Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter dienen.¹⁸ Angesichts der Schutzpflicht des Staates für Leben und körperliche Unversehrtheit der Bürger gemäß Art. 2 Abs. 2 GG handelt es sich dabei um Schutzgüter von Verfassungsrang. Das Bundesverfassungsgericht bezeichnet die Gesundheit der Bevölkerung als „wichtiges Gemeinschaftsgut [...], dessen Schutz Einschränkungen der Freiheit des Einzelnen zu rechtfertigen vermag“.¹⁹ Damit besteht unabhängig davon, auf welcher Stufe man die Maßnahme einordnet, ein legitimer Zweck.

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

15 Grzeszick, in: Maunz/Dürig, GG, 94. EL Januar 2021, Art. 20 VII Rn. 110.

16 Vgl. etwa BVerfG, Beschluss vom 5. Mai 2021, 1 BvR 781/21 u.a., Rn. 34.

17 Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, 94. EL Januar 2021, Art. 12 Rn. 343.

18 Mann, in: Sachs (Hrsg.), GG, 9. Auflage 2021, Art. 12 Rn. 131.

19 BVerfGE 3, 377 (414).

2.2.3.2. Geeignetheit

Die 3G-Regel am Arbeitsplatz müsste zudem **geeignet** sein, den angestrebten Zweck zu erreichen. Dies wird bereits dann bejaht, wenn der Zweck durch die Maßnahme zumindest **gefördert** wird.²⁰

Nach den bisherigen wissenschaftlichen Erkenntnissen erfolgt ein relevanter Teil der Übertragungen mit dem Virus SARS-CoV-2 bereits vor dem Auftreten erster Krankheitszeichen.²¹ 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,²² sodass die Wahrscheinlichkeit der Ansteckung hier gesteigert ist. Die derzeit vorherrschende sogenannte Delta-Variante weist zudem im Vergleich zu den vorherigen Varianten eine höhere Übertragbarkeit auf.²³

Durch eine Beschränkung des Zugangs zu betrieblichen Räumen auf solche Personen, die durch ihre Impfung, Genesung oder ein negatives Testergebnis nachweisen können, dass von ihnen nur ein stark vermindertes Ansteckungsrisiko ausgeht, wird die **Gefahr der Ansteckung** anderer Beschäftigter oder Kunden **zumindest gesenkt**. Zwar ist durch die 3G-Regel nicht völlig ausgeschlossen, dass bei einem Beschäftigten eine Infektion besteht. Durch die Verminderung des Risikos wird der Zweck der Maßnahme aber jedenfalls grundsätzlich gefördert.

Die Geeignetheit der 3G-Regel ist allerdings davon abhängig, ob bei der beruflichen Tätigkeit überhaupt eine Ansteckungsgefahr durch **Kontakt zu anderen Personen** bestehen kann. Geht eine Tätigkeit überhaupt nicht mit einem Personenkontakt einher, so kann die 3G-Regel den Zweck der Maßnahme nicht fördern.

In Bezug auf die Tests hängt die Geeignetheit zudem von der **Wirksamkeit** der Art des geforderten Tests ab. Nach dem bisherigen wissenschaftlichen Stand sind PCR-Tests ein besonders verlässliches Instrument zur Erkennung einer COVID-19-Infektion, dafür liegt das Ergebnis erst mit einer

20 Sachs, in: derselbe (Hrsg.), GG, 9. Auflage 2021, Art. 20 Rn. 150.

21 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>.

22 RKI, Infektionsschutzmaßnahmen, Welche Rolle spielen Aerosole bei der Übertragung von SARS-CoV-2?, Stand: 30. September 2021, abrufbar unter: https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/NCOV2019/FAQ_Liste_Infektionsschutz.html.

23 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.

gewissen zeitlichen Verzögerung vor.²⁴ Diesen Nachteil haben Antigen-Schnelltests und Selbsttests nicht, sie weisen aber eine im Vergleich zum PCR-Test höhere Fehleranfälligkeit auf.²⁵

Dem Gesetz- bzw. Ordnungsgeber steht bezüglich der Frage, ob er eine Maßnahme für geeignet hält, ein **weiter Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum** zu.²⁶ Bezüglich der Geeignetheit ist eine Vorschrift daher nur dann verfassungswidrig, wenn sie nach objektiven Maßstäben schlechthin ungeeignet ist.²⁷ Sowohl PCR-Tests als auch Schnelltests weisen jeweils Nachteile auf; schlechthin ungeeignet zum Erreichen des angestrebten Ziels sind sie beide nicht.

2.2.3.3. Erforderlichkeit

Die 3G-Regel 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“²⁸ zu wählen.

Als **mildere Mittel** gegenüber dem Erfordernis eines 3G-Nachweises könnten **Schutz- und Hygienekonzepte** am Arbeitsplatz in Betracht kommen. Diese könnten beispielsweise das Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung, einzuhaltende Abstände, räumlich getrenntes Arbeiten sowie den Einsatz von Luftfiltern umfassen. Ob solche Schutz- und Hygienemaßnahmen in einem Betrieb ausreichend sein können, um in gleichermaßen geeigneter Weise den Gesundheitsschutz sicherzustellen, ist eine Tatsachenfrage im jeweiligen Einzelfall und kann daher nicht abstrakt beurteilt werden. Grundsätzlich dürfte es aber nahe liegen, dass andere Schutzmaßnahmen weniger gut geeignet sind als eine 3G-Regel, da sie keine Hinweise auf das Gefahrenpotential, sich selbst oder andere anzustecken, geben können.

Die Frage der Erforderlichkeit kann auch in Bezug auf die geforderte **Art des Tests** eine Rolle spielen. Wird ein negativer PCR-Test gefordert,²⁹ so sind Antigen-Schnelltests und Selbsttests im Vergleich dazu das mildere Mittel. Diese sind einfacher, schneller und kostengünstiger durchzuführen, da

24 Information der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung vom 20. Oktober 2021, abrufbar unter: <https://www.infektionsschutz.de/coronavirus/tests-auf-sars-cov-2/pcr-test.html>.

25 Information der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung vom 20. Oktober 2021, abrufbar unter: <https://www.infektionsschutz.de/coronavirus/tests-auf-sars-cov-2/antigen-schnelltest.html#c14951>. So konnten etwa nach einer aktuellen Studie 26 von den in Deutschland angebotenen 122 Schnelltests und Selbsttest die erforderliche Sensitivität nicht erreichen, siehe die Pressemitteilung des Paul-Ehrlich-Instituts vom 5. November 2021, abrufbar unter <https://www.pei.de/DE/newsroom/pm/jahr/2021/22-antigen-schnelltests-sars-cov-2-vergleichende-sensitivitaetsbewertung-ce-gekennzeichnete-tests.html;jsessionid=12C4D46B91959E9C8D24F4651A19A340.intranet222>.

26 Grzeszick, in: Maunz/Dürig, GG, 94. EL Januar 2021, Art. 20 VII Rn. 122.

27 Ebenda.

28 Grzeszick, in: Maunz/Dürig, GG, 92. EL August 2020, Art. 20 VII Rn. 113.

29 Das Erfordernis eines PCR-Tests dürfte allerdings aufgrund der Tatsache, dass die PCR-Tests erhebliche Laborkapazitäten beanspruchen und die Auswertung grundsätzlich mehrere Tage in Anspruch nimmt, kaum zweckmäßig sein.

sie nicht durch medizinisch geschultes Personal im Labor ausgewertet werden müssen. Zudem verläuft die Testung bei Antigen-Schnelltests und Selbsttests regelmäßig körperlich weniger invasiv, da ein Abstrich nur aus dem vorderen Nasenbereich vorgenommen wird. Aufgrund der im Vergleich zum PCR-Test höheren Fehleranfälligkeit sind sie aber nicht gleichermaßen gut dazu geeignet, eine Infektion zu erkennen und damit dem Gesundheitsschutz zu dienen. Unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit könnte sich der Gesetzgeber mithin sowohl für einen PCR-Test als auch für einen Antigen-Schnelltest entscheiden.³⁰

Insgesamt ist zu beachten, dass dem Gesetzgeber auch in Bezug auf die Erforderlichkeit einer Maßnahme ein **weiter Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum** einzuräumen ist.³¹

2.2.3.4. Angemessenheit

Die 3G-Regel muss schließlich auch **angemessen** sein. Das Gebot der Angemessenheit erfordert eine Abwägung zwischen dem Nutzen der Maßnahme und den durch die Maßnahmen herbeigeführten Beeinträchtigungen.³² Im Rahmen der Abwägung sind das Gewicht der betroffenen Interessen sowie die **Eingriffstiefe** zu berücksichtigen.³³

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.³⁴ Nach der aktuellen Rechtsprechung vermag der Schutz dieser Rechtsgüter von Verfassungsrang auch einschneidende Maßnahmen zu rechtfertigen.³⁵

Die auf der Gegenseite zu berücksichtigende Schwere des Eingriffs in die Berufsfreiheit hängt von verschiedenen Faktoren ab. Für die Bewertung kommt es zum einen darauf an, ob und 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.³⁶

In Bezug auf Arbeitnehmer ist zudem von Belang, welche **arbeitsrechtlichen Konsequenzen** die Regelung hat. Hätte sie etwa zu Folge, dass Arbeitnehmern, die den Nachweis nicht erbringen

30 Grzeszick, in: Maunz/Dürig, GG, 94. EL Januar 2021, Art. 20 VII Rn. 120.

31 Vgl. Grzeszick, in: Maunz/Dürig, GG, 94. EL Januar 2021, Art. 20 VII Rn. 122.

32 Grzeszick, in: Maunz/Dürig, GG, 94. EL Januar 2021, Art. 20 Rn. 117.

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

34 BVerfGE 39, 1 (42).

35 Siehe etwa BayVGH, Beschluss vom 6. Juli 2021, 25 NE 21.1647 sowie Beschluss vom 5. Juli 2021, 25 NE 21.1719; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 11. Mai 2021, OVG 11 S 41/21; OVG Thüringen, Beschluss vom 14. April 2021, 3 EN 195/21; BVerfG, Beschluss vom 21. November 2020, 1 BvQ 135/20.

36 OVG Saarlouis, Beschluss vom 22. April 2020, 2 B 130/20, juris Rn. 25 und Rn. 31.

wollen oder dies (etwa aus finanziellen Gründen) nicht können, gekündigt werden kann,³⁷ so würde dies einen schwerwiegenden Eingriff darstellen.

Hinsichtlich des Nachweises eines negativen Testergebnisses ist von Bedeutung, welche **Art von Test** gefordert wird, da diese unterschiedlich invasiv sind und sich auch darin unterscheiden, wie aufwendig die Durchführung für den Einzelnen ist. Für den PCR-Test wäre hier die Frage zu stellen, ob der durch die geringere Fehleranfälligkeit im Vergleich zum Antigen-Schnelltest erzeugte Mehrwert für den Gesundheitsschutz in einem vernünftigen Verhältnis zu der für den Grundrechtsträger bewirkten Mehrbelastung steht. Dabei ist zu berücksichtigen, dass auch im Rahmen der Angemessenheit dem Gesetzgeber ein Bewertungs- und Einschätzungsspielraum zusteht.³⁸

Des Weiteren ist von Belang, wer die **Kosten** für die Tests zu tragen hat. Übernahme der Staat die Kosten, würde in finanzieller Hinsicht keine Belastung des Einzelnen bestehen. Andernfalls würden entweder die Arbeitnehmer oder Arbeitgeber belastet. Müssten die Arbeitnehmer die Kosten selbst tragen, so würde ein besonders schwerwiegender Eingriff gegenüber solchen Personen bestehen, die aus gesundheitlichen Gründen nicht geimpft werden können, da es diesen nicht durch eigenes Verhalten möglich ist, der Testpflicht zu entgehen. Daraus würden im Vergleich zu freiwillig ungeimpften Personen **deutlich erhöhte Anforderungen** unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit folgen.³⁹ Soweit die entsprechende Belastung als unzumutbar erscheint, könnte dem durch eine **Ausnahmeregelung** für die Kostentragung begegnet werden.

Für die Abwägung zwischen den gegenüberstehenden Positionen dürfte es insbesondere darauf ankommen, wie hoch die **Gefahr der Infizierung** und der **Ansteckung** weiterer Personen am jeweiligen Arbeitsplatz ist und welches Gefahrenpotential eine solche Ansteckung hätte. Bei einer Tätigkeit, bei der **keine Möglichkeit des Kontakts** zu anderen Personen und daher keine Ansteckungsgefahr besteht, liegt es nahe, dass die Belastung durch die 3G-Regel außer Verhältnis zum angestrebten Zweck steht. Solchen Bedenken könnte durch Ausnahmeregelungen oder eine verfassungskonforme Auslegung begegnet werden.

Demgegenüber dürfte die Interessenabwägung in bestimmten Tätigkeitsbereichen aufgrund des besonderen Ansteckungsrisikos eher zugunsten des Gesundheitsschutzes ausgehen, sodass die Interessen des Einzelnen zurücktreten müssten. Dies betrifft etwa Bereiche, in denen zwangsläufig Kontakt zu einer **Vielzahl von Personen** besteht (etwa in Kitas und Schulen) oder in denen die berufliche Tätigkeit mit **engem Kontakt** zu anderen Personen verbunden ist (beispielsweise bei medizinischen und kosmetischen Behandlungen). Insbesondere dürfte dies in Bereichen gelten, in denen Kontakt zu besonders **vulnerablen Personengruppen** besteht (etwa im Krankenhaus oder im Pflegeheim).

37 Siehe dazu tagesschau.de, Vieles noch offen bei 3G-Regel im Job, Stand: 9. November 2021, abrufbar unter <https://www.tagesschau.de/wirtschaft/3g-arbeitsplatz-101.html>.

38 Grzeszick, in: Maunz/Dürig, GG, 94. EL Januar 2021, Art. 20 VII Rn. 120.

39 Siehe bereits die Ausarbeitung der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestags, Verfassungsrechtliche Bewertung der Beschränkungen Ungeimpfter durch die sogenannten 3G- und 2G-Regeln, WD 3 - 3000 - 149/21, S. 14, abrufbar unter <https://www.bundestag.de/resource/blob/863844/70947388a152d82f48ed6013fe3f1d7a/WD-3-149-21-pdf-data.pdf>.