

Rechtsassessor Daniel Stach*

Arbeitsstättenbezogene Betretungsverbote in Krisenzeiten

Zur Unzulässigkeit von „3G-Regeln“ im Beschäftigungskontext *de lege abrogata* und *de lege ferenda*

Krisenbedingte Zutrittsbeschränkungen in Betrieben und Dienststellen weisen eine hohe Relevanz hinsichtlich mehrerer Grundrechtspositionen von Beschäftigten auf. Bis zuletzt haben Arbeits- und Verwaltungsgerichte die unlängst ausgelaufene Ursprungsvorschrift der sog. „3G-Regel“ am Arbeitsplatz in § 28b I 1 IfSG aF angewendet, während ihre Verfassungskonformität höchststrichterlich noch ungeklärt ist. Derweil wird in der Literatur mit Blick auf etwaige künftige Pandemien schon über eine Neuauflage der arbeitsstättenbezogenen Betretungsverbote nachgedacht. Der folgende Beitrag zeigt auf, dass zur Beurteilung der Zulässigkeit dergleichen gefahrenabwehrrechtlicher Restriktionen, neben der akkuraten Anwendung der Gesamtrechtsordnung, eine akribische Rechtstatsachenanalyse unter Berücksichtigung internationaler empirischer Erhebungen verschiedener nichtjuristischer Fachdisziplinen unumgänglich ist.

I. Rechtliche Ausnahmesituation

Durch das „Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weiterer Gesetze anlässlich der Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ vom 22.11.2021¹ wurde mit Wirkung zum 24.11.2021 die sog. „3G-Regel“ in § 28b I 1 IfSG aF aufgenommen. Seither durften Beschäftigte (§ 2 II ArbSchG) Arbeitsstätten (§ 2 I, II ArbStättV), in denen physische Kontakte zu anderen Beschäftigten oder zu Dritten nicht ausgeschlossen werden konnten, nur betreten, wenn sie mit einer COVID-19-Impf- oder mediz. Behandlung, von einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 genesen oder auf eine derartige Infektion getestet waren. Außerdem hatten die Beschäftigten einen entsprechenden Nachweis mit sich zu führen, zur Kontrolle verfügbar zu halten oder beim Arbeitgeber bzw. Dienstherren zu hinterlegen. In der Sache handelte es sich um ein „Betretungsverbot mit Erlaubnisvorbehalt“, flankiert durch die vom Arbeitgeber bzw. Dienstherren gem. § 28b III 1 IfSG aF zu überwachende und zu dokumentierende Nach-

weispflicht aus § 28b III 2 IfSG aF². Diese *rechtliche Ausnahmesituation*³ bestand bis einschließlich 19.3.2022. Zum 20.3.2022 wurde § 28b IfSG aF mit Gesetz vom 18.3.2022⁴ neu gefasst und die 3G-Regel samt Nachweispflicht ersatzlos gestrichen.

Obleich die in großer Eile formulierte Vorschrift des § 28b IfSG aF schon im Gesetzgebungsverfahren erhebliche Kritik⁵ auf sich gezogen hatte, ist ihre Verfassungsgemäßheit nach wie vor nicht abschließend geklärt. Das BVerfG hat eine gegen § 28b IfSG aF gerichtete Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen.⁶ Des Weiteren liegen keine einschlägigen Sachentscheidungen des BAG oder BVerwG vor. Als wohl erstes Obergericht hat sich das LAG Rheinland-Pfalz zumindest rudimentär mit der Grundrechtskonformität von § 28b IfSG aF auseinandergesetzt.⁷ Zuvor hatte das LAG Berlin-Brandenburg die Verfassungsgemäßheit einer in weiten Teilen vergleichbaren Testpflicht für Lehrer an Schulen bejaht.⁸ Die übrigen Arbeitsgerichte, welche § 28b IfSG aF im Rahmen von letztendlich erfolglosen Kündigungsschutzverfahren wegen fehlender oder unrichtiger Nachweiserbringung anwendeten, haben gänzlich von einer

* Der Autor ist Verbandsjurist in Berlin mit Tätigkeitsschwerpunkten im Arbeits- und Datenschutzrecht. Der Beitrag gibt ausschließlich seine persönliche Rechtsauffassung wieder, wobei er Prof. Dr. Jens M. Schubert für den instruktiven Gedankenaustausch dankt.

1 BGBl. 2021 I 4906.

2 Kleinebrink DB 2022, 392.

3 Vgl. zum Begriff der „Ausnahme“ und des „Ausnahmestands“ Lepsius DVBl 2023, 701.

4 BGBl. 2022 I 466.

5 S. dazu BeckOK InfSchR/Johann/Gabriel, 10. Ed. 15.1.2022, IfSG § 28b Rn. 3a mwN.

6 BVerfG NVwZ 2022, 713.

7 IErg jedoch unzut. LAG Rheinland-Pfalz 8.2.2023 – 7 Sa 211/22, BeckRS 2023, 18507 Rn. 98 ff.

8 Unzut. LAG Berlin-Brandenburg NZA-RR 2023, 351 (353) Rn. 28 ff.; zust. VG Kassel 28.7.2023 – 1 K 1250/22.KS, BeckRS 2023, 20020 Rn. 29.

Grundrechtsprüfung abgesehen.⁹ Sofern mangels vorheriger Abmahnung ausnahmsweise die Rechtsunwirksamkeit der Kündigung aufgrund der Vorlage eines ungültigen Testzertifikats festgestellt wurde, geschah dies ebenso ohne die Behandlung grundrechtlicher Fragestellungen.¹⁰ Auffällig ist hierbei, dass keines der Arbeitsgerichte das Maßregelungsverbot aus § 612a BGB in Erwägung gezogen hat, obschon es wegen seiner Anknüpfung an die Gesamtrechtsordnung als Maßstab für die tatbestandlich vorausgesetzte „zulässige Rechtsausübung“ durchaus einen naheliegenden Einstieg in die Grundrechtsprüfung geboten hätte. So dient § 612a BGB auch dem Schutz der freien Entscheidung des Arbeitnehmers, wenn es um die Ausübung seiner Selbstbestimmungsrechte aus Art. 2 I, II 1 iVm Art. 1 I GG geht.¹¹

Unterdessen wurde aus der Literatur die Ergänzung des IfSG durch ein Gesetz zur „generellen Bekämpfung etwaiger zukünftiger Epidemien“ vorgeschlagen. Demnach soll die unlängst abgeschaffte 3G-Regel in ähnlicher Form wieder zurückkehren, um nicht getesteten oder nicht immunisierten Personen das Betreten der Arbeitsstätte oder betrieblicher Transportmittel im Falle einer Epidemie zu verwehren.¹² Freilich werden künftige Änderungen des IfSG nur anhand einer akribischen, evidenzbasierten Analyse der rechtlichen Versäumnisse und Fehltritte im Zusammenhang mit der Corona-Situation erfolgen können. Vor diesem Hintergrund ist § 28b I 1, III IfSG aF einer kritischen Betrachtung zu unterziehen.

II. Betroffene Freiheitsrechte

Für die Befolgung der 3G-Regel nach § 28b I 1 IfSG aF musste ein Impf-, Genesenen- oder Testnachweises in der nach § 2 Nr. 3, 5 u. 7 SchAusnahmV idGF¹³ vorgeschriebenen Form erbracht werden. Das Aufsuchen der Arbeitsstätte ohne gültiges Zertifikat war fortan kein sozialadäquates Verhalten mehr, sondern ein Verstoß gegen das Betretungsverbot aus § 28b I 1 IfSG aF sowie die damit korrespondierende Nachweispflicht gem. § 28b III 2 IfSG aF. Die arbeitsrechtliche Folge konnte der Verlust des Entgeltanspruchs nach dem Grundsatz „Ohne Arbeit kein Lohn“ aus § 326 I 1 Hs. 1 iVm § 275 I BGB sowie die Abmahnung oder Kündigung des Arbeitnehmers sein. Überdies wertete § 73 Ia Nr. 11b IfSG aF einen Verstoß gegen § 28b I 1 IfSG aF als Ordnungswidrigkeit. Zusätzlich ist die Fälschung eines 3G-Nachweises bis heute gem. §§ 267 I, 279 iVm §§ 277, 278 StGB mit Strafe bedroht.

Die allgemeine 3G-Zutrittsbeschränkung in den Betrieben und Dienststellen bedeutete also faktisch eine tägliche Testpflicht für nicht als „geimpft“ oder „genesen“ geltende Beschäftigte. Die Betroffenen hatten die Wahl zwischen dem Nachweis eines maximal 24 Stunden alten Antigen-Schnelltests (§ 2 Nr. 7 SchAusnahmV idGF) oder eines PCR-Tests, der nicht älter als 48 Stunden sein durfte (§ 28b I 2 IfSG aF), wobei Letzterer aus Zeit- und Kostengründen in der Praxis kaum eine Rolle spielte. Die grundrechtsschonendere Alternative des „Selbsttests“ ohne Aufsicht durch den Arbeitgeber bzw. Dienstherren war nicht vorgesehen.

1. Selbstbestimmungsrechte

Eine Testpflicht für nicht geimpfte und nicht genesene Arbeitnehmer und Beamte greift in ihre durch Art. 2 I iVm Art. 1 I GG geschützte Position an der Wahrung ihres Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts sowie ihr Selbstbestimmungsrecht über den eigenen Körper aus Art. 2 II 1 iVm Art. 1 I GG ein.¹⁴ Beide Selbstbestimmungsgrund-

rechte sind ihrerseits Ausdruck des Menschenrechts schlechthin: des *Rechts, (vom Staat) in Ruhe gelassen zu werden*.¹⁵ Die Entscheidung über die Inanspruchnahme eines Corona-Tests stellt eine höchstpersönliche, der Privat- und Intimsphäre des Betroffenen zuzuordnende und mithin auch die Menschenwürde berührende Angelegenheit dar.¹⁶ Mit der Vorlage eines Corona-Testbefundes geben die Betroffenen Auskunft über ihren Gesundheitszustand. Abgesehen von den kaum üblichen, aber wohl zulässigen „Spucktests“ wurde zur Probenentnahme ein Wattestäbchen tief in den Rachen bzw. Nasenraum eingeführt, was nicht nur unangenehm war, sondern auch zu kleineren Verletzungen führen konnte. Daneben waren weitergehende Analysen denkbar, weil durch die Tests DNA-Material entnommen wurde.¹⁷

2. Berufsfreiheit

Eine 3G-Regel am Arbeitsplatz, deren Befolgung nicht zuletzt mit einem gewissen Zeit- und Kostenaufwand verbunden ist, stellt typischerweise einen Eingriff in die durch Art. 12 I 1 GG garantierte Berufsfreiheit dar.¹⁸ Hierbei ist unerheblich, ob der Gesetzgeber vorrangig eine zielgerichtete Beschränkung des Grundrechts auf körperliche Unversehrtheit verfolgt. Es genügt, dass die Konfrontation mit möglichen beruflichen Nachteilen nicht nur Einfluss auf die Impfentscheidung haben soll, sondern das pandemiebedingte Betretungsverbot darüber hinaus eine eigenständige Bedeutung hat und die Berufsfreiheit unmittelbar und zielgerichtet beeinträchtigt.¹⁹ Durch die objektiv berufsregelnde Tendenz unterschied sich § 28b I 1 IfSG aF maßgeblich von den sonstigen seinerzeit auf Grundlage des § 32 iVm §§ 28 I, 28a I Nr. 2a, III IfSG aF²⁰ verordneten 3G-Regeln für öffentlich zugängliche Gastronomie-, Kultur-, Sport- und Freizeiteinrichtungen, deren Nutzung – jedenfalls aus Perspektive der Besucher – nicht der Sicherstellung der wirtschaftlichen Existenzgrundlage dient.

III. Rechtsgrundlage

Nach der *Sphärentheorie* des BVerfG²¹ ist die Intimsphäre als letzter unantastbarer Bereich privater Lebensgestaltung der Einwirkung durch den Staat vollständig entzogen. Ein Eingriff in die Selbstbestimmungsrechte aus Art. 2 I, II 1 iVm Art. 1 I GG kommt nur jenseits des absolut geschützten Wesensgehalts der Menschenwürde in Betracht und bedarf

9 Statt aller LAG Düsseldorf NZA-RR 2023, 75; LAG Rheinland-Pfalz 23.5.2023 – 8 Sa 310/22, BeckRS 2023, 19940; ArbG Hamburg NZA-RR 2022, 303; ArbG Mannheim NZA-RR 2022, 533; ArbG Siegburg NZA-RR 2022, 29.

10 S. ArbG Bielefeld NZA-RR 2022, 367 (369) Rn. 79.

11 Vgl. BAGE 143, 343 = NZA 2013, 429 (431) Rn. 16; zuvor schon Riesenhuber RdA 2011, 257 (261).

12 Gallon/Hollo/Kießling Epidemiegesetz, 2023, S. 11 ff. u. 37 f., § 30 I 1 Nr. 6.

13 COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung v. 8.5.2021 – BAnz AT 8.5.2021 V1, § 2 Nr. 3 u. 5 neu gef. mWz 15.1.2022 d. RVO v. 14.1.2022 – BAnz AT 14.1.2022 V1.

14 Vgl. nur BAG NZA 2022, 1387 (1392) Rn. 37 u. 49.

15 Im engl. Original: „right to be let alone“, grdl. Warren/Brandeis, Right to Privacy, Harv. L. Rev. v. 15.12.1890, Vol. 4, No. 5, 193 (195), <https://doi.org/10.2307/1321160>; in dt. Übers. Hansen/Weichert DuD 2012, 755.

16 Vgl. Boecken/Bantele COVuR 2021, 322 (325).

17 Müller/Becker ArbRAktuell 2021, 201 (202); Bayer GWR 2021, 255 (257), einerseits; Hidalgo/Ceelen/Buziek NJW 2021, 3151 (3152 f.) Rn. 13; Bleckmann RdA 2023, 43 (47), andererseits, da derartige Analysen „abwegig“ seien.

18 Vgl. statt vieler Gierhake ZPR 2021, 115 (117); Lucenti NVwZ-Online 2/2023, 12; Dreier/Wollenschläger, 4. Aufl. 2023, GG Art. 12 Rn. 203.

19 BVerfG NVwZ 2022, 950 (972) Rn. 253.

20 BGBl. 2021 I 4147.

21 Grdl. BVerfGE 27, 344 = NJW 1970, 555.

einer gesetzlichen Grundlage, die hinreichend bestimmt sein muss.²² Indes bestehen beträchtliche Zweifel an der Vereinbarkeit der Rechtsgrundlage aus § 28b I 1, III IfSG aF mit der aus dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 I, III GG abgeleiteten Wesentlichkeitstheorie sowie den speziellen Gesetzesvorbehalten aus Art. 2 II 3, 12 I 2 GG einerseits und der DS-GVO als Ausdruck des Unionsgrundrechts auf Schutz personenbezogener Daten gem. Art. 8 I GRCh andererseits.

1. Wesentlichkeitstheorie

Anders als das LAG Rheinland-Pfalz²³ meint, stand § 28b I 1 IfSG aF weder im Einklang mit den Parlamentsvorbehalten aus Art. 2 II 3, 12 I 2, 20 I, III GG, noch mit dem Bestimmtheitsgebot des Art. 20 III GG. Erstens ergaben sich die inhaltlichen Anforderungen für den Impf- und Genesenstatus nicht unmittelbar aus dem Gesetzestext, sondern aus einer darin enthaltenen Verweisung auf § 2 Nr. 3, 5 SchAusnahmV idgF. Zweitens wurde durch RVO vom 14.1.2022²⁴ der ohnehin schon zeitlich äußerst knapp auf 6 Monate befristete Genesenstatus unter Missachtung einer „Vielzahl von namhaften Stimmen aus Wissenschaft und Praxis“²⁵ durch Änderung des § 2 Nr. 5 SchAusnahmV idgF zum 15.1.2022 überraschend auf 90 Tage verkürzt. Die Verkürzung ergab sich drittens nicht mehr direkt aus § 2 Nr. 5 SchAusnahmV idgF, sondern aus einer darin enthaltenen Subdelegation auf die Internetseiten des PEI und des RKI. Zusammenfassend verstieß die Regelung des Genesenstatus nach zutreffender Auffassung mehrerer Verwaltungsgerichte²⁶ gegen den verfassungsrechtlichen Wesentlichkeitsgrundsatz. Denn die Frage, wer in Bezug auf COVID-19 als „geimpft“ bzw. „genesen“ gilt, ist als „wesentlich“ einzustufen, da sie eine *hohe Grundrechtsrelevanz* hinsichtlich verschiedener Grundrechtspositionen der Beschäftigten entfaltet. Die Verkürzung hatte zur Folge, dass ein Teil der Arbeitnehmer und Beamten, die bis dahin als genesen galten, plötzlich der täglichen Testpflicht nach § 28b I 1 IfSG aF unterfiel. Ferner ist eine in einer Rechtsverordnung versteckte Verweisung auf eine Internetseite auch zu unbestimmt, weil dann anhand des zugrundeliegenden förmlichen Gesetzes nicht mehr erkennbar ist, wonach der Betroffene sein Verhalten ausrichten soll.²⁷

Erst mit Wirkung zum 19.3.2022 und damit zeitgleich zum Außerkrafttreten der arbeitsstättenbezogenen 3G-Regel wurde § 2 Nr. 5 SchAusnahmV idgF aufgehoben und der Genesenennachweis im neu geschaffenen § 22a II IfSG legaldefiniert.²⁸ Die zeitliche Befristung auf 90 Tage ist indessen geblieben, obgleich mit der Veröffentlichung einer Meta-Studie²⁹ im Februar 2023, welche die Ergebnisse von insgesamt 65 Forschungsarbeiten aus 19 Ländern zusammenfasst, wiederholt aufgezeigt wurde, dass die *natürliche Immunität* in Folge einer durchgemachten Corona-Infektion mindestens ebenso gut vor Ansteckung schützt, wie die medizinische Behandlung mit einer COVID-19-Impfanz. Der Studie zufolge soll der (Eigen-)Schutz vor einer Reinfektion mit den Prä-Omikron-Varianten Urtyp, Alpha, Beta und Delta des SARS-CoV-2 sogar beständiger sein, wenn die Immunität auf natürlichem Wege erworben wurde. In Erwägung der daraus resultierenden rechtlichen Schwierigkeit ist die Verfassungsgemäßheit von § 22a II Nr. 2 IfSG bis zuletzt offen geblieben.³⁰

2. Beschäftigtendatenschutz

Für die Verletzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 I iVm Art. 1 I GG verlangt das

BVerfG eine gesonderte Auseinandersetzung mit den einfachrechtlichen Schutzmechanismen des Datenschutzrechts.³¹ Sowohl der Impf-, als auch der Genesen- und Teststatus sind sensible Gesundheitsdaten iSv Art. 4 Nr. 15, Art. 9 DS-GVO,³² deren Verarbeitung angesichts des ihr inhärenten Diskriminierungspotenzials betreffend Art. 21 GRCh grundsätzlich verboten ist. Bereits die in § 28b III 1 IfSG aF vorgesehene Pflicht des Arbeitgebers bzw. Dienstherren, die Einhaltung der Nachweispflicht der Beschäftigten aus § 28b III 2 IfSG aF „tätlich zu überwachen und regelmäßig zu dokumentieren“, bedingte eine über die reine Sichtkontrolle am Eingang hinausgehenden Verarbeitung personenbezogener Beschäftigtendaten.

Wahrlich unterstellt das BVerfG in seinem Nichtannahmebeschluss vom 15.3.2022 ohne Weiteres, mit § 28b III 3-5 IfSG aF sei eine tragfähige Erlaubnisnorm für die Verarbeitung der Gesundheitsdaten im Beschäftigungskontext geschaffen worden.³³ § 28b III 3 IfSG aF erlaubte Arbeitgebern, zum Zwecke der 3G-Nachweiskontrolle personenbezogene Daten zum Impf-, Sero- und Teststatus in Bezug auf COVID-19 zu verarbeiten. Die Daten konnten nach § 28b III 4 IfSG aF auch zur Anpassung des betrieblichen Hygienekonzepts auf Grundlage einer Gefährdungsbeurteilung gem. §§ 5, 6 ArbSchG verwendet werden, soweit dies erforderlich war. Schließlich regelte § 28b III 5 IfSG aF die entsprechende Geltung von § 22 II BDSG.

Allerdings ist höchst fraglich, ob § 28b III 3-5 IfSG aF von der Öffnungsklausel in Art. 88 DS-GVO gedeckt war. In Übereinstimmung mit der EuGH-Entscheidung zur Unionsrechtswidrigkeit von § 26 I 1 BDSG ist die Möglichkeit der Mitgliedstaaten zum Erlass „spezifischer Vorschriften“ nach Art. 88 I DS-GVO durch die Vorgaben des Art. 88 II DS-GVO begrenzt. Demnach müssen die nationalen Rechtsvorschriften auf den Schutz der Rechte und Freiheiten der Beschäftigten hinsichtlich der Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten im Beschäftigungskontext abzielen und geeignete und besondere Maßnahmen zur Wahrung der menschlichen Würde, der berechtigten Interessen und der Grundrechte der betroffenen Person umfassen, ohne die Bestimmungen der DS-GVO bloß zu wiederholen.³⁴ Der er-

22 Vgl. nur Sachs/Rixen, 9. Aufl. 2021, GG Art. 2 Rn. 103 ff. mwN.

23 LAG Rheinland-Pfalz 8.2.2023 – 7 Sa 211/22, BeckRS 2023, 18507 Rn. 101.

24 BAnz AT 14.1.2022 V1.

25 So wörtlich VG Osnabrück 4.2.2022 – 3 B 4.22VG, COVuR 2022, 299 (302) Rn. 18.

26 Vgl. statt aller VGH München 3.3.2021 – CE 22.536, COVuR 2022, 226 (228) Rn. 18; VG Hamburg 14.2.2022 – 14 E 414/22, BeckRS 2022, 1854 Rn. 26; VG Berlin 16.2.2022 – VG 14 L 24/22, BeckRS 2022, 2188 Rn. 23.

27 VG Osnabrück 4.2.2022 – 3 B 4.22VG, COVuR 2022, 299 (301 f.) Rn. 12 unter Bezugnahme auf die Wissenschaftlichen Dienste des BT, Zur Verfassungsmäßigkeit der Regelung des Genesenennachweises durch Rechtsverordnung, Ausarbeitung v. 28.1.2022 – WD 3 – 3000 – 006/22; VG Ansbach 11.2.2022 – AN 18 S 22.00234, BeckRS 2022, 1734 Rn. 36; VG Halle 16.2.2022 – 1 B 41.22 HAL, BeckRS 2022, 2190 Rn. 28 ff.

28 BGBl. 2022 I 466; krit. zum Ganzen BeckOK InfSchR/Aligbe, 18. Ed. 1.10.2023, IfSG § 22a Rn. 16 ff.

29 Stein u. a., Past SARS-CoV-2 infection protection against re-infection: a systematic review and metaanalysis, The Lancet v. 16.2.2023, [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(22\)02465-5](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(22)02465-5); dazu bereits Stach NZA-RR 2023, 181 (182).

30 Vgl. VGH Mannheim 6.4.2022 – 1 S 690/22, BeckRS 2022, 7131 Rn. 35.

31 S. BVerfG NVwZ 2022, 950 (953) Rn. 92.

32 Exemplarisch Schmidt COVID-19/Felz, 3. Aufl. 2022, § 29 Rn. 39 mwN.

33 S. BVerfG NVwZ 2022, 713 (714) Rn. 12.

34 EuGH C-34/21, ECLI:EU:C:2023:270 = NVwZ 2023, 659 (662) Rn. 65 – Hauptpersonalrat der Lehrerinnen und Lehrer.

schöpfende und abschließende Charakter der Erlaubnistatbestände der DS-GVO gestattet auch und gerade in Krisenzeiten keine Abweichungen oder Veränderungen zulasten der Beschäftigten. Daher muss eine Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext zu jeder Zeit unter einen der in Art. 6 DS-GVO vorgesehenen Fälle subsumierbar sein, um als rechtmäßig angesehen werden zu können.³⁵ Unterschreitet eine nationale Vorschrift dennoch das unionsrechtliche Datenschutzniveau, führt dies zwingend zur Nichtigkeit der Norm.³⁶ Das Verbot der Abweichung „nach unten“ aus Art. 88 DS-GVO gilt erst recht für die besonders sensiblen Gesundheitsdaten iSv Art. 4 Nr. 15, Art. 9 DS-GVO, wenngleich sich die Zulässigkeit der Verarbeitung im Beschäftigungskontext allein nach Art. 9 II DS-GVO richtet.³⁷

a) Einwilligung

Zunächst ist an die Einwilligung nach Art. 9 II Buchst. a iVm Art. 7 DS-GVO als Rechtfertigung für den Grundrechtseingriff zu denken, welche über Art. 6 I Buchst. a DS-GVO hinausgehend ausdrücklich erfolgen muss. Weiterhin ergibt sich aus Art. 7 IV iVm Erwgr. 43 DS-GVO, dass die Einwilligung nur „freiwillig“ erteilt werden kann. Umstritten ist, ob in Hinblick auf die strukturelle Asymmetrie im Beschäftigungsverhältnis das Freiwilligkeitserfordernis per se unerfüllt bleiben muss und die Einwilligung in Folge dessen als Erlaubnistatbestand a priori ausscheidet.³⁸ Die weit überwiegende Auffassung³⁹ verneint dies, da aus Art. 7 IV DS-GVO kein absolutes, sondern lediglich ein relatives Kopplungsverbot abzuleiten sei, verbunden mit dem Erfordernis einer Prüfung aller Umstände des Einzelfalls. Gleichwohl wird zu Recht darauf hingewiesen, dass die Verbindung zwischen Einwilligung und nicht erforderlichen Verarbeitungszwecken ausweislich des Wortlauts von Art. 7 IV DS-GVO in „größtmöglichem Umfang“ berücksichtigt werden muss, was in der Praxis auf ein *strikt*es Kopplungsverbot hinausläuft.⁴⁰

Zugleich gelten in Anbetracht der Gefahr der Ausgrenzung und Diskriminierung (Art. 21 GRCh) beim Abfragen von Gesundheitsdaten für die spezielle Form der Einwilligung nach Art. 9 II Buchst. a DS-GVO besonders strenge Anforderungen. Dementsprechend wird man auch während einer pandemischen Krisensituation regelmäßig von der Unfreiwilligkeit der Einwilligung ausgehen müssen.⁴¹ In diesem Sinne hat der VGH München⁴² die Freiwilligkeit einer Einwilligung eines Schülers bzw. seines Erziehungsberechtigten in die Vornahme eines Antigen-Schnelltests verneint, weil sonst die Gefahr bestünde, dass die Einwilligung nicht aufgrund eines freien Entschlusses erfolgt, sondern nur unter dem Druck, andernfalls vom Schulunterricht gänzlich ausgeschlossen zu werden und damit womöglich Bildungsnachteile zu erfahren. Diese Grundsätze lassen sich ohne Weiteres auf den Beschäftigungskontext übertragen, da die drohenden Nachteile eines arbeitsstättenbezogenen Betretungsverbot häufig sogar weitreichender sind.

b) Öffentliche Gesundheit

Offenbar ging der Gesetzgeber davon aus, § 28b III 3 IfSG aF sei von der Öffnungsklausel in Art. 9 II Buchst. i DS-GVO gedeckt gewesen.⁴³ Dabei bezieht sich die Öffnungsklausel ausschließlich auf die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten im Bereich der öffentlichen Gesundheit, die aus Gründen des öffentlichen Interesses erfolgt. Daraus wird richtigerweise gefolgert, dass die Öffnungsklausel exklusiv für öffentliche Verantwortliche gilt, wohingegen Privatunternehmen grundsätzlich nicht von

Art. 9 II Buchst. i DS-GVO erfasst werden.⁴⁴ Denn funktional dient die Verarbeitung von Gesundheitsdaten durch privat rechtlich organisierte Arbeitgeber nicht epidemiologischen, sondern primär betrieblichen Schutzzwecken.⁴⁵ Eine Ausnahme könnte dann angenommen werden, wenn die juristische Person des Privatrechts auf gesetzlicher Grundlage im öffentlichen Auftrag tätig wird, wie dies etwa bei der Beileihung der Fall ist.⁴⁶

Abgesehen davon müsste die Verarbeitung der sensiblen Datenkategorien aus Gründen eines genuin öffentlichen Interesses im Bereich der öffentlichen Gesundheit „erforderlich“ sein. Dies impliziert die Notwendigkeit einer Verhältnismäßigkeitsprüfung, auf deren Grundlage die Erhebung von Corona-Testergebnissen schwerlich gerechtfertigt werden könnte.⁴⁷ Derselbe Maßstab wäre übrigens auch an Art. 9 II Buchst. b DS-GVO, der gleichermaßen auf das Kriterium der *Erforderlichkeit* abstellt, anzulegen. Folglich kann die Verarbeitung des 3G-Status auch nicht auf den allgemeinen Erlaubnistatbestand des § 26 III 1 BDSG gestützt werden.⁴⁸ Letztlich folgt die Unanwendbarkeit des § 26 III 1 BDSG aber aus dem Verstoß gegen das unionsrechtliche Wiederholungsverbot, da die Norm nahezu wortgleich die Voraussetzungen des 9 II Buchst. b DS-GVO übernimmt.⁴⁹ Abschließend kann auch der Verweis auf § 22 II BDSG nicht geltungserhaltend wirken, da die Norm ihrerseits hinter den Vorgaben des Art. 88 II DS-GVO zurückbleibt.⁵⁰

IV. Verhältnismäßigkeit

Endlich bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung angelangt, ist das Augenmerk zunächst auf die saubere Trennung der ein-

35 EuGH C-34/21, ECLI:EU:C:2023:270 = NVwZ 2023, 659 (663) Rn. 70 – Hauptpersonalrat der Lehrerinnen und Lehrer; zust. Stach PersR 6/2023, 39 (40); ders. AiB 7-8/2023, 47 (48).

36 Ganz hM, s. nur Simitis/Hornung/Spiecker gen. Dörmann/Seifert, 2019, DS-GVO Art. 88 Rn. 22; Gola/Heckmann DS-GVO/BDSG/Pöters, 3. Aufl. 2022, DS-GVO Art. 88 Rn. 17.

37 Vgl. LAG Berlin-Brandenburg NZA-RR 2020, 457 (458) Rn. 57; zust. HK-DS-GVO/BDSG/Tiedemann, 3. Aufl. 2022, DS-GVO Art. 88 Rn. 4; ähnlich Thüsing/Peisker NZA 2023, 213 (215); aA offenbar Wünschelbaum NZA 2023, 542 (544).

38 Zum Meinungsstand Taeger/Gabel/Taeger, 4. Aufl. 2022, DS-GVO Art. 7 Rn. 105 ff.

39 Exemplarisch Kühling/Buchner/Buchner/Kühling, 3. Aufl. 2020, DS-GVO Art. 7 Rn. 46.

40 Dammann ZD 2016, 307 (311); ähnlich Spelge DuD 2016, 775 (780); Wedde Beschäftigtendatenschutz, 2022, DS-GVO Art. 7 Rn. 39; aA Ehmann/Selmayr/Heckmann/Paschke, 2. Aufl. 2018, DS-GVO Art. 7 Rn. 98; EuArbRK/Franzen, 5. Aufl. 2024, DS-GVO Art. 9 Rn. 10 f.

41 Vgl. Wedde Beschäftigtendatenschutz DS-GVO Art. 9 Rn. 34; bzgl. d. Impfstatus auch Schaffland/Wiltfang/Schaffland/Holthaus, Lfg. 9/22, DS-GVO Art. 7 Rn. 67c; Stach NZA 2023, 83 (86) mwN.

42 VGH München 12.4.2021 – 20 NE 21.926, BeckRS 2021, 7239 Rn. 27; zust. BeckOK DatenschutzR/Albers/Veit, 44. Ed. 1.5.2023, DS-GVO Art. 9 Rn. 59.

43 BT-Drs. 20/89, 18.

44 Kühling/Buchner/Weichert DS-GVO Art. 9 Rn. 116 mwN; Däubler/Wedde/Weichert/Sommer/Wedde, 2. Aufl. 2020, DS-GVO Art. 9 Rn. 129 mwN; Wedde Beschäftigtendatenschutz DS-GVO Art. 9 Rn. 72 mwN; aA etwa Gräf NZA 2021, 1361 (1363 f.) mwN; BeckOK DatenschutzR/Albers/Veit DS-GVO Art. 9 Rn. 96.

45 Will ZD 2021, 601.

46 Däubler/Wedde/Weichert/Sommer/Wedde DS-GVO Art. 9 Rn. 129 mwN.

47 So zu Recht Boecken/Bantele COVuR 2021, 322 (329) mwN.

48 So aber Hidalgo/Ceelen/Buziek NJW 2021, 3151 (3154 ff.) Rn. 24 ff.; ErfK/Franzen, 24. Aufl. 2024, BDSG § 26 Rn. 46 mwN; immerhin mit Diff. nach Branche NK-ArbR/Brink/Joos, 2. Aufl. 2023, DS-GVO Art. 9 Rn. 23.

49 Eing. Byers/Winkler/Stelter NZA 2023, 457 (460 f.); ebenso Schild ZD 2023, 394 (395); auch Stach PersR 6/2023, 39 (40); ders. AiB 7-8/2023, 47 (48), jeweils unter Rekurs auf EuGH C-34/21, ECLI:EU:C:2023:270 = NVwZ 2023, 659 – Hauptpersonalrat der Lehrerinnen und Lehrer; aA etwa Glockner/Hoffmann BB 2023, 1333 (1335).

50 Schild ZD 2023, 394 (395).

zelen Stufen zu legen. Während die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers sowohl bei der Auswahl des legitimen Zwecks, als auch auf der Geeignetheits- und Erforderlichkeitsstufe zum Tragen kommt, betrifft die Angemessenheitsstufe reine Wertungsfragen.⁵¹ Zudem wird der Gesetzgeber seiner Verpflichtung, getroffene Prognosen kontinuierlich anhand empirischer Daten aus dem In- und Ausland mithilfe unabhängiger Wissenschaftler unterschiedlichster Fachdisziplinen zu überprüfen und gegebenenfalls nachzusteuern, desto gewissenhafter nachkommen müssen, je weitreichender sich der ihm zugewilligte Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum ausnimmt und je eingriffsintensiver die von ihm geschaffene Regelung ist. Stellt sich zu einem späteren Zeitpunkt heraus, dass die ursprüngliche Einschätzung des Gesetzgebers nicht mehr trägt, würde nach stRspr des BVerfG⁵² selbst eine zunächst als verfassungskonform eingestufte Regelung nachträglich verfassungswidrig mit der Folge, dass das Gesetz für die Zukunft korrigiert werden müsste.

1. Legitimer Zweck

Ausgangspunkt für den durch Auslegung zu ermittelnden legitimen Zweck bildet der Wortlaut des IfSG, ergänzt um die Gesetzesmaterialien.⁵³ Nach dem Willen des Gesetzgebers sollte § 28b I 1 IfSG aF in erster Linie der Reduzierung der Weiterverbreitung von COVID-19 dienen.⁵⁴ Da § 28b I 1 IfSG aF ausdrücklich auf „Arbeitsstätten“ abstellt, ist der Gesetzeszweck einzugrenzen auf die Reduktion des Transmissionsrisikos am Arbeitsplatz.⁵⁵ Dagegen wäre ein Motivbündel aus Infektionsschutz, Reduktion des Risikos einer Beeinträchtigung des Betriebsablaufs sowie Erhöhung der Impfbereitschaft als Teil eines „Gesamtstützkonzeptes“ fehleranfällig, wie man bei der Kontrolle der Ausgangssperre der „Bundesnotbremse I“⁵⁶ gesehen hat, deren Ziel nicht der Infektionsschutz, sondern der Vollzug von Kontaktbeschränkungen war. Das auf diese Weise mögliche Hin und Herpendeln zwischen alternativen Schutzgütern bei der Zweck-Mittel-Relation würde das dreistufige Prüfprogramm der Verhältnismäßigkeit lahmlegen.⁵⁷ Keine Stütze im Gesetzestext findet schließlich die Annahme, Zweck der 3G-Regel sei der Schutz vulnerabler Menschen, wie dies bei der einrichtungsbezogenen Impfnachweispflicht nach § 20a IfSG aF argumentiert wurde.⁵⁸

2. Geeignetheit

Auch wenn es auf Gesetzesebene schon genügen soll, wenn die abstrakte Möglichkeit der Zweckerreichung gegeben ist,⁵⁹ bestehen doch erhebliche Zweifel an der Eignung einer 3G-Zutrittsbeschränkung zur Reduktion des Risikos der Virustransmission am Arbeitsplatz. Gewiss wird man dem Gesetzgeber gerade in der Anfangsphase einer neuartigen Gesundheitskrise im Regelfall zugestehen müssen, in Anlehnung an das mit dem Umweltrecht assoziierte *Vorsorgeprinzip* Schutzkonzepte auch ohne ausreichende wissenschaftliche Grundlage zu erproben.⁶⁰ Allerdings taugt der Vorsorge-Gedanke desto weniger, je direkter und tiefer die Gefahrenabwehrmaßnahme in Grundrechte eingreift und je mehr Zeit zur Gewinnung von empirischen Erkenntnissen zur Verfügung stand.⁶¹ Selbstredend wird auch ein gerichtlich eingeschränkt überprüfbarer Einschätzungs- und Prognose-spielraum mit der Verpflichtung des Gesetzgebers korrespondieren müssen, alle relevanten Tatsachen zu ermitteln, evidenzbasiert zu handeln und die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme ständig zu evaluieren, wobei auf bloße Korrelationen aufbauende Vermutungen rechtslogisch außer Betracht bleiben müssen.⁶²

Soweit merkwürdigerweise der ergänzende Regelungszweck der Ermöglichung oder Aufrechterhaltung des Regelbetriebs in pandemischer Lage ins Feld geführt wird,⁶³ wäre eine tägliche Testpflicht jedenfalls evident ungeeignet, das Risiko behördlicher Absonderungsanordnungen zu senken. Im Gegenteil müsste mit der Erhöhung der Testfrequenz auch die Anzahl (falsch-) positiver Befunde und damit die Wahrscheinlichkeit, dass Beschäftigte quarantänepflichtig werden, proportional ansteigen.

a) Asymptomatische Virustransmission

3G-Regeln am Arbeitsplatz basieren im Wesentlichen auf der begründungsbedürftigen Annahme, die Ausbreitung von COVID-19 würde signifikant durch symptomlose und daher unbemerkte Übertragungen des SARS-CoV-2 bestimmt. Dieser Logik folgend wurde vertreten, routinemäßige Corona-Tests in den Betrieben und Dienststellen seien während einer Pandemie nicht anlasslos, da jeder Beschäftigte wegen der hohen Ansteckungsgefahr eine konkrete Gefahrenquelle für sich selbst und die anderen Mitarbeiter darstelle.⁶⁴ Indes dürfte die These der asymptomatischen Virusübertragung ihren Ursprung in einer deutschen Studie vom März 2020 haben, welche die ersten Erkrankungsfälle in der Firma Webasto im Raum München beschreibt.⁶⁵ Eine angeblich symptomlose Chinesin (sog. „Patientin 0“) soll dort ein „Super-spreading“-Event verursacht haben. Demgegenüber berichtete zwei Monate später eine weitere deutsche Studie, dass die besagte chinesische Patientin zum Zeitpunkt ihres Aufenthalts bei der Firma Webasto unter Müdigkeit, Brustschmerzen und Rückenschmerzen litt, weshalb sie symptomlindernde Medikamente (Paracetamol) einnahm und nach ihrer Rückkehr nach Shanghai positiv auf SARS-CoV-2 getestet wurde.⁶⁶ Im weiteren Verlauf räumte die WHO ein, dass eine Reihe an Berichten aus Ländern vorläge, die sehr detailliert Kontakte nachverfolgt hätten, von denen aber keines eine asymptomatische Weiterübertragung feststellen konnte.⁶⁷ Bestätigt wurde dies durch eine chinesische Studie,⁶⁸ welche die Ergebnisse von Massentestungen fast aller

51 S. nur Lepsius DVBl 2023, 701 (708).

52 Zul. BVerfG NVwZ 2022, 950 Rn. 167 u. 235; zust. Jarass/Pieroth/Jarass, 17. Aufl. 2022, GG Art. 20 Rn. 122 mwN.

53 Ausf. dazu Leisner-Egensperger JZ 2021, 913 (920).

54 BT-Drs. 20/89, 16.

55 Ebenso Sagan NZA-Beil. 2021, 21 (27).

56 Vgl. BVerfGE 159, 223 = NVwZ-Beil 2022, 7 = NJW 2022, 139.

57 Vortrefflich Lepsius DVBl 2023, 701 (708) mwN.

58 So aber LAG Rheinland-Pfalz 8.2.2023 – 7 Sa 211/22, BeckRS 2023, 18507 Rn. 101.

59 Vgl. Jarass/Pieroth/Jarass GG Art. 20 Rn. 118 mwN.

60 Vgl. Dederer/Gierhake/Preiß COVnR 2021, 454 (457).

61 Ähnlich Blankenagel DVBl 2023, 179 (181).

62 Vgl. vor allem Heberlein GuP 2021, 41 (46 ff.) mwN; Murswiek NVwZ-Extra 5/2021, 14 mwN; aA wohl Harbarth JZ 2022, 157 (160), die gesetzgeberische Sachaufklärung – auch unter Heranziehung von Expertenwissen – sei „im Regelfall keine gesetzgeberische Pflicht.“

63 So etwa zur Testpflicht für Lehrer LAG Berlin-Brandenburg NZA-RR 2023, 351 (353) Rn. 31.

64 Drastisch Hidalgo/Ceelen/Buziek NJW 2021, 3151 (3153) Rn. 17; ähnlich Sangs/Eibenstein/Sangs/Eibenstein, 2022, IfSG § 2 Rn. 16.

65 Drosten u. a., Transmission of 2019-nCoV Infection from an Asymptomatic Contact in Germany, NEJM v. 5.3.2020, <https://www.nejm.org/doi/pdf/10.1056/NEJMc2001468>.

66 Böhmer u. a., Investigation of a COVID-19 outbreak in Germany resulting from a single travel-associated primary case: a case series, The Lancet v. 15.5.2020, [https://doi.org/10.1016/S1473-3099\(20\)30314-5](https://doi.org/10.1016/S1473-3099(20)30314-5).

67 Van Kerkhove, WHO COVID-19 Virtual Press conference v. 8.6.2020, 00:34:04, <https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/transcripts/who-audio-emergencies-coronavirus-press-conference-08jun2020.pdf>.

68 Cao u. a., Post-lockdown SARS-CoV-2 nucleic acid screening in nearly ten million residents of Wuhan, China, Nature v. 20.11.2020, <https://doi.org/10.1038/s41467-020-19802-w>.

Einwohner der Stadt Wuhan in den Monaten Mai und Juni 2020 zusammenfasst. Die Forscher fanden keinen Beweis dafür, dass asymptomatische Personen die Krankheit weiterverbreiten. Folgerichtig sprach sich die WHO mit Empfehlung vom 25.6.2021 gegen die flächendeckte Testung asymptomatischer Personen aus.⁶⁹ Vor diesem Hintergrund war bei Einführung der arbeitsstättenbezogenen 3G-Regel die Zweckerreichung durch anlassloses Testen von symptomlosen Personen äußerst unwahrscheinlich.

b) PCR-Test

Ferner war es spätestens seit Juni 2020 fachwissenschaftlich bekannt, dass der PCR-Test keine Aussage über die Kontagiosität der untersuchten Person treffen kann.⁷⁰ Das BVerfG selbst verneint die Frage, ob ein PCR-Test eine Infektiosität im Einzelfall nachweist.⁷¹ Dessen ungeachtet suggeriert das BAG, die Anerkennung des PCR-Testverfahrens durch die für öffentliche Gesundheit zuständigen Gesundheitsämter führe automatisch dazu, dass auch eine betriebliche Testpflicht geeignet sei, „Infektionen mit SARS-CoV-2 zu verhindern und so den Infektions- und Arbeitsschutz zu verbessern“.⁷² Dabei wendet das BAG rechtsdogmatisch unsauber das vom BVerfG exklusiv für Parlamentsgesetze entwickelte Prüfprogramm, einschließlich der Zubilligung eines weiten Beurteilungsspielraums, auf nicht demokratisch durch Verfahren legitimierte – und bisweilen aus dem Bauch heraus getroffene – einseitige Anordnungen des Arbeitgebers zum Arbeitsschutz gem. § 618 I BGB iVm § 106 S. 2 GewO an.⁷³ Im Übrigen verkennt das BAG in rechtstatsächlicher Hinsicht, dass Forscher der US-amerikanischen Universität Stanford bereits im Februar 2021 bestätigt haben, dass sich im Wege der PCR-Diagnostik nicht feststellen lässt, ob die detektierten Gensequenzen des Krankheitserregers *vermehrungsfähig* und damit lebensfähig sind oder nicht. Die Tests, welche mit einem Amplifikationszyklus im mittleren Bereich („Ct-Wert“ zwischen 25-35) durchgeführt wurden, ließen keine Aussage über die Infektiosität zu.⁷⁴ Um festzustellen, ob es sich bei den isolierten Viruspartikeln um einen vermehrungsfähigen Erreger handelt, müssten weitergehende diagnostische Verfahren, insbesondere eine erfolgreiche Virusanzucht in Zellkultur durchgeführt werden.⁷⁵ Mag der Nachweis von Viruswachstum in Zellkultur methodisch aufwendig sein, mehrere Tage dauern und ein Labor der biologischen Sicherheitsstufe 3 erfordern,⁷⁶ so ist die „Vermehrungsfähigkeit des Krankheitserregers“ doch gem. § 2 Nr. 2 IfSG zwingende Tatbestandsvoraussetzung für das Vorliegen einer Infektion.⁷⁷

c) Antigen-Schnelltest

Die mangelnde Tauglichkeit betrifft erst recht die im Vergleich zum PCR-Test deutlich weniger sensitiven Antigen-Schnelltests. Gerade für Personen, bei denen kein begründeter Verdacht auf eine Infektion vorliegt, ist die Aussagekraft eines positiven Schnelltests äußerst gering. Daraus wird geschlossen, dass anlasslose und ungezielte Massentestungen mit Antigen-Schnelltests wenig zielführend sind.⁷⁸ Insofern weist das BVerfG zutreffend darauf hin, dass Schnelltests fehleranfällig sind, da ein negatives Antigen-Testergebnis eine SARS-CoV-2-Infektion und auch eine Kontagiosität nicht ausschließt.⁷⁹ Zwar wird aus der Literatur eingewendet, der Problematik der geringeren Sensitivität der Antigen-Schnelltests ließe sich dadurch begegnen, dass die Tests an mehreren Tagen wiederholt werden.⁸⁰ Allein dies ist ein Zirkelschluss, denn die Erhöhung der Testfrequenz vertieft

zugleich den Grundrechtseingriff, was wiederum die Anforderungen an seine Rechtfertigung erhöht.

d) Impfung oder Genesung

Letztlich liefe jede 3G-Regel am Arbeitsplatz bereits dadurch ins Leere, dass nur derjenige Teil der Beschäftigten, der keinen Impf- oder Genesenachweis vorlegt, der täglichen Testpflicht unterliegt. Inzwischen ist hinlänglich bekannt, dass die in der EU (bedingt und befristet) zugelassenen COVID-19 Impfarzneien keinen relevanten Schutz vor Ansteckung anderer („Fremdschutz“ oder „Transmissionschutz“) und erst recht keine „sterile Immunität“ herbeiführen.⁸¹ Bereits im Juli 2021, und somit zeitlich vor Einführung der arbeitsstättenbezogenen 3G-Regel, lagen bezüglich der Ausbreitung der Delta-Variante des SARS-CoV-2 offizielle Daten aus Ländern mit hoher Impfquote vor, die darauf hindeuteten, dass geimpfte Menschen ebenso kontagiös sind wie ungeimpfte Menschen.⁸² Darüber hinaus zeigen zahlreiche bis Ende 2021 veröffentlichte Studien, dass entweder gar keine oder keine klinisch und epidemiologisch signifikante Transmissionsreduktion durch die Verabreichung der Corona-Impfstoffe erreicht wird.⁸³ Bis heute lässt sich der anfänglich erhoffte Fremdschutz nicht durch belastbare Studien belegen.

Unterdessen hat die EMA in einem wenig beachteten Schreiben vom 18.10.2023 klargestellt, dass die beiden modRNA-Vakzine „Comirnaty“ von Biontech/Pfizer und „Spikevax“ von Moderna nie dafür zugelassen waren, die Virusübertragung von einer Person auf eine andere zu verhindern. Demzufolge beschränkt sich die Zulassung seit jeher auf den „Eigenschutz“ der geimpften Person vor schwerer Erkrankung.⁸⁴ Über diese Indikation hinaus ist die Anwendung der

69 WHO, Recommendations for national SARS-CoV-2 testing strategies and diagnostic capacities v. 25.6.2021, <https://www.who.int/publications/i/item/WHO-2019-nCoV-lab-testing-2021.1-eng>.

70 Näher Lucenti NVwZ-Online 2/2023, 4 mwN; zuvor bereits Stach NJW 2021, 10 (16) Rn. 32 f. mwN.

71 S. BVerfG NVwZ 2022, 950 (965) Rn. 196.

72 Unzutr. BAG NZA 2022, 1387 (1391) Rn. 42 f.

73 S. BAG NZA 2022, 1387 (1391) Rn. 41 mit insoweit verfehlter Bezugnahme auf BVerfGE 159, 355 = NJW 2022, 167 (177) Rn. 114 = NVwZ-Beil 2022, 36; abl. Stach NZA 2023, 83 (85).

74 Hogan u. a., Strand-Specific Reverse Transcription PCR for Detection of Replicating SARS-CoV-2, *Emerging Infectious Diseases* 2/2021, <https://doi.org/10.3201/eid2702.204168>.

75 RKI, Epidemiologisches Bulletin 39/2020, 8 f.; Gottschalk/Heudorf Hess. Ärztebl. 10/2020, 548 (551).

76 So jedenfalls RKI, Epidemiologisches Bulletin 39/2020, S. 8.

77 Auf diese Problematik eing. Kießling/Kießling, 3. Aufl. 2022, IfSG § 2 Rn. 6 ff. mwN.

78 Schrappe u. a., 5. Ad hoc-Stellungnahme, Die Pandemie durch SARS-CoV-2/CoVid-19v. 21.1.2022, S. 4 f., https://www.schrappe.com/ms2/index_html_files/tp_adhoc5.pdf.

79 S. BVerfG NVwZ 2022, 950 (965) Rn. 193.

80 Bleckmann RdA 2023, 43 (46).

81 Ausf. dargestellt bei ÄFI, Stellungn. zur öffentl. Anh. „Corona-Impfungen“ d. Gesundheitsausschusses des BT am 12.10.2022, Ausschuss-Drs. 20(14)56(4), 20 ff.; dazu Stach NZA 2023, 83 (87) mwN.

82 S. Stöhr NZA 2021, 1215 (1216 f.) mwN zu internen Papieren der US-amerikanischen Gesundheitsbehörde CDC.

83 Eing. Lucenti NVwZ-Online 3/2023, 5 mit Verweis auf ÄFI, Stellungn. als sachkundiger Dritter an das BVerfG (1 BvR 2649/21) v. 30.1.2022, S. 14 ff., https://downloads.individuelle-impfentscheidung.de/1_BvR_2649_21.pdf.

84 Im engl. Original: „(...) COVID-19 vaccines have not been authorised for preventing transmission from one person to another. The indications are for protecting the vaccinated individuals only.“, EMA 18.10.2023 – EMA/451828/2023, 1, https://www.ema.europa.eu/en/documents/other/letter-members-parliament_en.pdf; dazu Becchi, Ema enthüllt „schockierende Fakten“: War die Corona-Impfkampagne berechtigt?, Berliner Zeitung v. 26.11.2023, <https://www.berliner-zeitung.de/politik-gesellschaft/corona-impfungen-ema-enthueelt-schockierende-fakten-war-die-impfkampagne-berechtigt-li.2162526>.

modRNA-basierten COVID-19 Impfarzneien als sog. *Off-Label-Use* zu werten.⁸⁵ Jedenfalls war die ursprüngliche Annahme des Gesetzgebers,⁸⁶ die Kontagiosität geimpfter oder genesener Personen sei „deutlich geringer“, als bei nicht geimpften oder nicht genesenen Personen, von Anfang an unbegründet.

3. Erforderlichkeit

Solange es der Gesetzgeber nicht vermochte, den Nachweis einer kausal durch Impfung erzeugten sterilen Immunität zu erbringen, bot die SARS-CoV-2-Arbeitsschutzregel idgF⁸⁷ in Verbindung mit dem SARS-CoV-2-Arbeitsschutzstandard idgF⁸⁸ und der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung idgF⁸⁹ eine sattsame Auswahl milderer und zumindest gleich geeigneter Mittel.⁹⁰ Nach dem arbeitsschutzrechtlichen *TOP-Prinzip* sind personenbezogene Maßnahmen, wie die 3G-Regel, gegenüber technischen und organisatorischen Maßnahmen, wie Abstandsregeln oder die Reduzierung der Raumbelastung, *Ultima Ratio*.⁹¹ Die Auswahl des konkreten Mittels ist im Wege einer Gefährdungsbeurteilung nach §§ 5,6 ArbSchG iVm § 618 I BGB, unter Beachtung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats aus § 87 I Nr. 1, 7 BetrVG bzw. Personalrats gem. § 80 I Nr. 16, 18 BPersVG oder nach den entsprechenden Vorschriften des jeweiligen LPersVG, vorzunehmen.

4. Angemessenheit

Auf der dritten Stufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung sind neben der Schwere der Grundrechtsbeeinträchtigung und der Bedeutung des Eingriffs für das mit ihm verfolgte Ziel noch weitere Faktoren in die Waagschale der Gesamtabwägung zu legen. Auch wenn insoweit „kaum feste Maßstäbe“ bestehen, haben sich doch einzelne Abwägungsgrundsätze herausgebildet.⁹² So muss das konkrete Ausmaß der Gefährdung berücksichtigt werden, denn der Gesetzgeber darf intensive Grundrechtseingriffe erst von bestimmten Verdachts- oder Gefahrenstufen an vorsehen.⁹³ Weiterhin ist der tatsächliche Nutzeffekt, also die Frage, wie wahrscheinlich die erhoffte Wirkung durch die getroffene Maßnahme ist und wie sehr diese (insgesamt) das Gemeinwohlziel fördert, zu bestimmen.⁹⁴

a) Schwere der Belastung

Die Beeinträchtigung der Grundrechte auf informationelle wie körperliche Selbstbestimmung gem. Art. 2 I, II 1 iVm Art. 1 I GG und Berufsfreiheit gem. Art. 12 I 1 GG wiegt besonders schwer, da sie rein präventiv und somit losgelöst vom Bestehen einer konkreten Gefahr in Gestalt des Vorliegens wenigstens eines Infektionsverdachts erfolgte.⁹⁵ Kern jedweder 3G-Regel ist eine *immunologische Klassifizierung* der Betroffenen, welche mit einem sozialpsychologischen Zwang einhergeht und abweichendes Verhalten entgegen der Menschenwürdegarantie des Art. 1 I GG stigmatisiert. Dabei ist Devianz verfassungsrechtlich gerade kein Makel, sondern vielmehr der von Art. 1 I GG geschützte Normalfall.⁹⁶

Nichts Anderes folgt aus der Rspr. des BAG zur Billigkeit einer Weisung des Arbeitgebers, PCR-Tests auf eine Infektion mit dem SARS-CoV-2 vorzunehmen. Gegenstand der Entscheidung waren nicht anlasslose Massenuntersuchungen mit Antigen-Schnelltests in Abhängigkeit vom Impf- oder Genesenenstatus, sondern PCR-Testungen für alle Arbeitnehmer nach dem Stichprobenprinzip als Bestandteil eines unter wissenschaftlicher Begleitung entwickelten betriebli-

chen Schutz- und Hygienekonzepts.⁹⁷ Anders als nach § 28b I 1 IfSG aF musste im zugrunde liegenden Sachverhalt maximal alle ein bis drei Wochen getestet werden, weshalb das BAG annimmt, dass Verletzungen mit Nasenbluten zwischenzeitlich abheilen könnten und die Gefahr von Schleimhautverletzungen gar nicht erst eintrete.⁹⁸

Hinzu kommen weitere Freiheitseinschränkungen im Falle eines (falsch-) positiven Antigen-Schnelltests. Ein positives Testergebnis führte im zeitlichen Geltungsbereich der 3G-Regel zur Pflicht, sich zunächst abzusondern und einem PCR-Test zu unterziehen.⁹⁹ War dieser dann ebenfalls (falsch-) positiv, musste sich der Betroffene regelmäßig auf Grundlage einer Anordnung nach § 30 I 2 IfSG isolieren. Damit einher ging ein Eingriff in die von Art. 2 II 2 GG iVm Art. 104 GG garantierte körperliche Bewegungsfreiheit, was wiederum als vorgeschaltete Voraussetzung für ortsbezogene Grundrechtsausübungen zahlreiche weitere Grundrechte tangierte und obendrein stigmatisierende und diskriminierende Wirkung entfaltete.¹⁰⁰ Ohne gleichzeitige Arbeitsunfähigkeit iSv § 3 I 1 EFZG war die Absonderung für Arbeitnehmer zudem mit dem Risiko verbunden, für den Quarantänezeitraum des Vergütungsanspruchs verlustig zu werden, wenn §§ 615, 616 BGB individual- oder kollektivrechtlich abbedungen waren.¹⁰¹

Resümierend wurde ein starker Druck auf ungeimpfte Menschen ausgeübt, sich impfen zu lassen, weshalb eine 3G-Regel am Arbeitsplatz generell einem *indirekten Impfwang* gleichkommt.¹⁰² Angesichts des im maßgeblichen Geltungszeitraum von § 28b I 1 IfSG aF offenen und weder für Patienten noch für Ärzte kalkulierbaren Risikoprofils¹⁰³ der

85 Zu einem ähnlichen Erg. kommen auch Gebauer/Gierhake NJW 2023, 2231 (2234) Rn. 29 f.

86 BT-Drs. 20/89, 16.

87 IdFv 24.11.2021, GMBI 2021, 1331.

88 GMBI 2020, 303, zul. geänd. d. Bek. d. BMAS v. 29.1.2021, GMBI 2021, 227.

89 BAnz AT 28.6.2021 V1, geänd. d. G v. 22.11.2021, BGBl. 2021 I 4906.

90 Bayer ArbRAktuell 2021, 233 (236).

91 Exemplarisch Tschöpe ArbR-HdB/Ritz, 13. Aufl. 2023, Teil 6 B Rn. 28 ff.

92 Sachs/Sachs, 9. Aufl. 2021, GG Art. 20 Rn. 155; Leisner-Egensperger JZ 2021, 913 (923).

93 BVerfGE 115, 320 = NJW 2006, 1939 (1946) Rn. 137 = NVwZ 2006, 1156 Ls.; zust. Jarass/Pieroth/Jarass, GG Art. 20 Rn. 121.

94 Michaelis JA 2021, 573 (578); Jarass/Pieroth/Jarass GG Art. 20 Rn. 121.

95 Boecken/Bantele COVuR 2021, 322 (327).

96 Eing. Boehme-Neßler NVwZ 2020, 1570 (1571 f.); ebenso Bayer ArbRAktuell 2021, 233 (236); ähnlich Brink/Henning, Geimpft? Wie ein „Datum“ über unsere Freiheit entscheiden könnte, LfDI BW v. 21.12.2020, <https://www.baden-wuerttemberg.datenschutz.de/aufsatz-geimpft-wie-ein-datum-ueber-unsere-freiheit-entscheiden-koennte/>.

97 Vgl. BAG NZA 2022, 1387 (1390 f.) Rn. 32.

98 Vgl. BAG NZA 2022, 1387 (1391) Rn. 46.

99 Weiterführend Murswiek, Freiheitseinschränkungen für Ungeimpfte – Die Verfassungswidrigkeit des indirekten COVID-19-Impfzwangs, Rechtsgutachten v. 4.10.2021, S. 46 Rn. 163, <https://impfentscheidung.online/wp-content/uploads/2021/10/Gutachten-Die-Verfassungswidrigkeit-des-indirekten-Corona-Impfzwangs.pdf>.

100 Insoweit zutr. Folger/Wolff VerwArch 2023, 297 (323 ff.); für einen Richtervorbehalt gem. Art. 104 II 1 GG bei häuslicher Absonderung Stach NJW 2021, 10 (12) Rn. 10 f.

101 Dazu Balkau NJW 2023, 1768 (1770) Rn. 16 ff.

102 Vor allem Murswiek, Freiheitseinschränkungen für Ungeimpfte – Die Verfassungswidrigkeit des indirekten COVID-19-Impfzwangs, Rechtsgutachten v. 4.10.2021, S. 109 ff.; ebenso Lucenti NVwZ-Online 2/2023, 12; nachdenklich Gierhake ZPR 2021, 115 (116 f.); ähnlich Dreier/Sauer GG Vorb. Rn. 149 mwN.

103 Näher dazu Gebauer/Gierhake NJW 2023, 2231 (2233) Rn. 15 ff. mit eing. Erl. der ärztlichen Aufklärungspflicht gem. § 630e BGB bei sog. „Neulandmethoden“; vgl. zur Gefährlichkeit der impfinduzierten Bildung von „Spike-Proteinen“ im menschlichen Körper Cullen u. a., Spiroepathie und Übersterblichkeit: Ein unheimlicher Verdacht, Cicero

– damals nur bedingt und befristet zugelassenen – COVID-19-Impfparzenien, kam dem mittelbaren Impfpflicht schlechterdings eine eingriffsintensivierende Reflexwirkung, insbesondere in Bezug auf das Grundrecht auf körperliche Selbstbestimmung aus Art. 2 II 1 iVm Art. 1 I GG, zu.

b) Bedeutung des verfolgten Zwecks

Hinter dem mit der 3G-Zutrittsbeschränkung verfolgten Zweck der Reduktion des betrieblichen Transmissionsrisikos stand das politische Ziel des Gesundheitsschutzes und damit das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 II 1 Alt. 2 GG. Dessen Schutz stellt nach der *Stufenlehre* des BVerfG¹⁰⁴ wenigstens einen „vernünftigen Grund des Allgemeinwohls“ dar, welcher grundsätzlich eine bloße Berufsausübungsregel, wie die 3G-Regel, zu rechtfertigen vermag. Davon zu scheiden ist das Recht auf Leben aus Art. 2 II 1 Alt. 1 GG, welches wohl erst gegenüber vulnerablen Patienten und Bewohnern in Krankenhäusern und Pflegeeinrichtungen eine staatliche Schutzpflicht auslösen würde.¹⁰⁵ Im Übrigen sei darauf hingewiesen, dass auch das Lebensrecht kein „Supergrundrecht“ ist, sondern sogar durch direkte staatliche Eingriffe einschränkbar, Art. 2 II 3 GG.¹⁰⁶ Keinesfalls darf die staatliche Schutzpflicht in Hinblick auf Leben und körperliche Unversehrtheit zu einem „pauschalen Eingriffstitel für Gesetzgebung und Verwaltung“ degenerieren.¹⁰⁷

c) Grad der Gefahr

Die arbeitsstättenbezogene 3G-Regel war losgelöst von einer konkreten Gefahr, da § 28b I 1 IfSG aF nicht an die Störeeigenschaft des Betroffenen anknüpfte. Tatbestandlich war noch nicht einmal der „Ansteckungsverdächtige“ iSv § 2 Nr. 7 IfSG als infektionsschutzrechtlich geringste Gefahrenstufe mit dem weitesten denkbaren Personenkreis vorausgesetzt. Das Vorliegen eines Ansteckungsverdachts würde nämlich erfordern, dass die betroffene Person mit hinreichender Wahrscheinlichkeit Kontakt zu einer infizierten Person oder einem infizierten Gegenstand hatte.¹⁰⁸ Allerdings richtete sich § 28b I 1 IfSG aF gerade an polizeirechtliche Nichtstörer, denen gegenüber eine Rechtfertigung nur unter Rückgriff auf das Argument des polizeilichen Notstandes in Betracht käme.¹⁰⁹ Eine derartige Vorverlagerung des Gefahrenbegriffs widerspricht jedoch der rechtsstaatlichen Einfassung des IfSG.¹¹⁰ Infektionsschutzrecht ist besonderes Gefahrenabwehrrecht; es darf sich seiner disziplinierenden Voraussetzung, der Gefahr, nicht entledigen.¹¹¹ Ohne konkrete Anhaltspunkte, dass ein Beschäftigter infiziert sein könnte, bedeutet eine präventive Test- und entsprechende Nachweispflicht, völlig losgelöst von dem Verdacht einer konkreten Gefahr, einen nicht erforderlichen Eingriff in die Freiheitsrechte des Beschäftigten.¹¹²

Bekanntermaßen dürfen selbst Gefahrforschungsmaßnahmen nicht „ins Blaue hinein“ erfolgen, sondern „erst von bestimmten Verdachts- oder Gefahrenstufen an“.¹¹³ Würde hingegen auf die Wahrscheinlichkeit verzichtet, weil die Möglichkeit nicht ausgeschlossen werden könnte, käme man zu einer verfassungsrechtlich bedenklichen Beweislastumkehr:¹¹⁴ Jeder müsste jederzeit damit rechnen, einen Nachweis seiner Ungefährlichkeit erbringen zu müssen. Daher kann nach der vorpandemischen Rspr. des BVerfG¹¹⁵ „selbst bei höchstem Gewicht der drohenden Rechtsgutbeeinträchtigung“ nicht auf das „Erfordernis einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit“ verzichtet werden. Allerdings lagen bereits im April 2020 Erkenntnisse vor, dass COVID-19 kein außergewöhnliches Lebens-, Gesundheits- und Hospitalisierungs-

risiko für die Gesamtbevölkerung darstellte, sondern allenfalls für vulnerable Personengruppen.¹¹⁶ Die oftmals konträren administrativen Gefahrenprognosen dürften nicht zuletzt den fehleranfälligen Modellrechnungen auf Basis von interpretationsbedürftigen Inzidenzwerten durch das RKI sowie der hohen Übererfassungen von COVID-19-Hospitalisierungen im DIVI-Intensivregister geschuldet sein.¹¹⁷ Bemerkenswerterweise stellte sich das BVerfG noch im Mai 2020 auf den Standpunkt, dass das „gewisse Infektionsrisiko“ mit dem Corona-Virus für die Gesamtbevölkerung zum „allgemeinen Lebensrisiko“ gehöre.¹¹⁸ Im Einklang damit veröffentlichte die WHO im Oktober 2020 eine Studie, welche die Infektionssterblichkeit („Letalität“) von COVID-19 mit 0,23 % angibt, was im Bereich einer mittelschweren Grippe liegt.¹¹⁹ Festzuhalten bleibt, dass die epidemische Lage von nationaler Tragweite nach § 5 IfSG seit Ablauf des 25.11.2021 und somit nur zwei Tage nach Einführung der arbeitsstättenbezogenen 3G-Regel als beendet gilt. Mithin dürfte, jedenfalls bezogen auf die Gesamtbevölkerung, im Geltungsbereich des § 28b IfSG aF keine coronabedingte, über das *allgemeine Lebensrisiko* hinausgehende, abstrakte Gefahrenlage bestanden haben.¹²⁰

d) Tatsächlicher Nutzeffekt

Wie zuvor skizziert können die Corona-Tests schon keine Aussage über die Kontagiosität der untersuchten Person treffen. Die für die Erfüllung des Infektionstatbestandes aus § 2 Nr. 2 IfSG vorausgesetzte *Vermehrungsfähigkeit* des Krank-

Online v. 7.10.2023 mwN, <https://www.cicero.de/kultur/die-risiken-der-corona-impfung>; s. zu möglichen produktionsbedingten Verunreinigungen der modRNA-Impfstoffe mit bakterieller Plasmid-DNA statt vieler Reiktke, Ein Autoimmunangriff aus dem Trojanischen Pferd, Cicero Online v. 8.12.2023 mwN, <https://www.cicero.de/kultur/impfung-verunreinigung-mrna>; Stock, Biontech-Impfstoff für die breite Masse wies anfangs erhebliche Mängel auf, FOCUS online v. 8.12.2023, https://www.focus.de/finanzen/boerse/impfpfopfer-wehren-sich-der-biontech-impfstoff-fuer-die-breite-masse-wies-anfangs-erhebliche-maengel-auf_id_259473898.html.

104 StRSpr., s. nur BVerfGE 125, 260 = NJW 2010, 833 (850) Rn. 297 = NVwZ 2010, 770 Ls.

105 Vgl. Lepsius STAAT 2021, 609 (632).

106 Statt vieler Heinig u. a. JZ 2020, 861 (864); ähnlich Dreier/Krüper GG Art. 2 II 1 Rn. 12 mwN.

107 Vgl. Günther/Volkman/Kingreen, Freiheit oder Leben?, 2022, S. 111.

108 BVerwG 22.3.2012 – 3 C 16.11, NJW 2012, 2823 (2826) Rn. 31; zul. auch VGH München 2.8.2023 – 20 N 20.2861, BeckRS 2023, 19255 Rn. 70.

109 Seiler JZ 2021, 924 (929).

110 Kluckert Neues InfektionsschutzR/Kluckert, 2. Aufl. 2021, § 2 Rn. 166 ff.

111 Näher Blankenagel JZ 2021, 702 (704).

112 Boecken/Bantele COVuR 2021, 322 (327); Müller-Seubert DB 15/2021 M4 (M5) schlägt daher einen Vorbehalt des Gesundheitsamtes vor.

113 Vgl. nur BVerfGE 115, 320 = NJW 2006, 1939 (1946) Rn. 136 f. = NVwZ 2006, 1156 Ls.

114 Lepsius DVBl 2023, 701 (709).

115 BVerfGE 115, 320 = NJW 2006, 1939 (1946) Rn. 136 = NVwZ 2006, 1156 Ls.

116 Lucenti NVwZ-Online 2/2023, 12.

117 Ausf. zum Ganzen Lucenti NVwZ-Online 2/2023, 3 ff. mwN; zur Modellbildung mit missbrauchsanfälligen Inzidenzwerten auch Lepsius DVBl 2023, 701 (707).

118 S. BVerfG NJW 2020, 2327 (2328) Rn. 9.

119 Ioannidis, Infection fatality rate of COVID-19 inferred from seroprevalence data, WHO-Bulletin v. 14.10.2020 – 2021; 99:19-33F, <http://dx.doi.org/10.2471/BLT.20.265892>; dazu bereits Stach NJW 2021, 10 (13) Rn. 17; auf die Vergleichbarkeit mit Influenza hinweisend etwa Leisner-Egensperger JZ 2021, 913 (915 f.).

120 Vgl. Volkman, Wann hört es auf?, ZEIT ONLINE v. 9.6.2021, <https://www.zeit.de/politik/deutschland/2021-06/corona-massnahmen-staat-pandemiebekämpfung-grundsätze-demokratie>; Hamed, Von Corona bis Klima: Wie sich das BVerfG selbst abschafft, Libra-Rechtsbriefing v. 24.5.2022; im Ansatz bereits Stach NJW 2021, 10 (13) Rn. 16 f. mwN; aA Huster/Kingreen InfektionsschutzR-HdB/Poscher, 2. Aufl. 2022, Kap. 4 Rn. 98.

heitserregers wird regelmäßig nicht festgestellt. Selbst wenn man unterstellen wollte, eine 3G-Zutrittsbeschränkung sei nicht evident ungeeignet, wäre der tatsächliche Nutzeffekt der Maßnahme jedenfalls desto schwächer, je mehr Beschäftigte als geimpft oder genesen gelten und demnach von der täglichen Testpflicht befreit wären. Davon abgesehen bliebe zu klären, inwiefern eine etwaige Erreichung des relativ eng gefassten legitimen Gesetzeszwecks der Transmissionsreduktion am Arbeitsplatz äquivalent kausal für die Förderung des relationalen Rechtsgutes des Gesundheitsschutzes und damit von Bedeutung für das Grundrecht aus Art. 2 II 1 Alt. 2 GG sein könnte. Bei Weitem nicht jede Infektion mit SARS-CoV-2 löst eine COVID-19-Erkrankung aus; umgekehrt bedingen die individuellen Gesundheitsbiografien der unterschiedlichen Menschen naturgemäß die *multikausale* Entstehung von Krankheiten. Neben beeinflussbaren Faktoren wie Lebensführung und Ernährung spielen auch nicht beeinflussbare Umstände wie Alter oder Erbanlage eine Rolle.¹²¹ Anders ausgedrückt ist ein Krankheitsgeschehen nur verständlich, wenn neben äußeren Krankheitsursachen auch innere Krankheitsbedingungen berücksichtigt werden. Vor diesem Hintergrund verbietet das Recht als Grundlage gesundheitspolizeilicher Maßnahmen jede einseitige, undifferenzierte und monokausal auf eine vermutete Virusbedrohung abstellende Gefahrenbekämpfung.¹²²

e) Güterabwägung

In Anbetracht der nicht nachweisbaren Gefährdung durch asymptomatische Personen, der mangelnden Aussagekraft der Corona-Testbefunde im Einzelfall, des fragwürdigen Nutzeffekts einer Testpflicht für lediglich einen Teil der Belegschaft sowie der pauschalen Klassifizierung von Menschen als potenziell gefährlich oder ungefährlich bei gleichzeitiger Beeinträchtigung ihrer körperlichen Integrität, ihrer Privat- wie Intimsphäre und ihrer Berufsausübungsfreiheit, überwiegt das Recht der Beschäftigten, das Risiko eines Impfschadens benachteiligungsfrei zu vermeiden und von Staat und Arbeitgeber in Ruhe gelassen zu werden.¹²³ Freilich kommt das LAG Rheinland-Pfalz¹²⁴ auch deshalb zu einem anderen Ergebnis, weil es das Allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I iVm Art. 1 I GG übersieht und in der Konsequenz datenschutzrechtliche Aspekte gänzlich unberücksichtigt lässt. Selbiges trifft auf das LAG Berlin-Brandenburg¹²⁵ zu, dessen Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht minder unbefriedigend ausfällt. Obendrein räumen beide Obergerichte dem Gesetzgeber sowohl auf der Stufe der Eignetheit, als auch auf der Erforderlichkeitsstufe einen zu weitreichenden Beurteilungsspielraum ein, ohne bei der finalen Güterabwägung auf der Stufe der Angemessenheit korrigierende Faktoren wie die Effizienz der Maßnahme oder den Grad der Gefahr zu würdigen.

Derlei Kontrolldefizite sind keine Einzelphänomene, sondern symptomatisch für die – von erfreulichen Ausnahmen¹²⁶ abgesehen – als unterkomplex wie unzureichend sich darstellende juristische Aufarbeitung der Corona-Krise durch die Judikative. Entsprechend wird aus der verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Literatur mitunter heftige Kritik an der „geringen fachlichen Qualität der Corona-Entscheidungen“ bis hin zu einem vollständigen „Ausfall einer wirklichen verfassungsgerichtlichen Kontrolle staatlicher Freiheitsbeschränkungen“¹²⁷ in der Corona-Situation geübt. Beanstandet wird die allzu häufige geringe Argumentationstiefe der Corona-Urteile bei gleichzeitiger Neutralisierung der Kontrollschärfe durch Ausdehnung des Beurteilungsspielraums der Verordnungs- und Gesetzgeber.¹²⁸ Die Verhält-

nismäßigkeitsprüfung werde bisweilen „eindimensional“¹²⁹ und „kaum lege artis“¹³⁰ durchgeführt. Dem ist beizupflichten, wobei sich selbst die Judikatur des BVerfG in der Corona-Krise als holzschnittartig und selbstreferentiell erweist. So wird zu Recht bemängelt, dass „nahezu keine konträren Meinungen“ reflektiert und „keine im wissenschaftlichen Schrifttum geäußerten Bedenken“ argumentativ behandelt werden.¹³¹ Stattdessen tendiert das BVerfG dazu, die Gesetzesbegründung sowie die „vorselektierten zweifelhaften“ Datenbestände des RKI und des PEI unkritisch und undifferenziert als Grundlage für seine Entscheidung zu übernehmen.¹³² Dabei akzeptiert es häufig einen Wissensstand als gegeben, der schon zum relevanten Zeitpunkt bekanntermaßen heftig umstritten war.¹³³ Zuvörderst mit seinen Entscheidungen in den Hauptsachen „Bundesnotbremse I und II“¹³⁴ offenbart das BVerfG ein „problematisches Grundrechtsverständnis“, wenn es den Regel-Ausnahme-Charakter der Grundrechtsdogmatik auf den Kopf stellt und verlangt, der Grundrechtsträger müsse seinen Freiheitsgebrauch rechtfertigen und sich auf eine vom Gesetzgeber gewährte Begünstigung berufen können.¹³⁵ Die Folge von Gerichtsentscheidungen, die keine „roten Linien“¹³⁶ mehr erkennen lassen, wäre ein massiver „Vertrauensverlust der Bürgers in den Staat“.¹³⁷

Innerhalb der arbeitsrechtlichen Literatur werden dergleichen Analysen hingegen kaum angestellt.¹³⁸ Ganz im Gegenteil zeigen sich zahlreiche Stimmen von der restriktiven Umsetzung der Corona-Maßnahmen am Arbeitsplatz und namentlich der erwähnten BAG-Entscheidung zur betrieblichen PCR-Testpflicht „überzeugt“.¹³⁹ Indessen wird bedauert, dass es nach wie vor Menschen gibt, „die sich weigern, mit der Mehrheit, an einem Strang“ zu ziehen“.¹⁴⁰ Des Weiteren stößt die arbeitsgerichtliche Bestätigung von Beendigungskündigungen in Folge der Verweigerung oder Fälschung des 3G-Nachweises auf breite Zustimmung.¹⁴¹ Immerhin ist einzelnes Unbehagen zu vernehmen, wenn für den Arbeitnehmer sprechende Umstände im Rahmen der Interessenabwägung „in nur einem einzigen Satz, abgehandelt“ werden.“¹⁴²

121 Anschaulich Lepsius STAAT 2021, 609 (631).

122 Trefflich Dumbs NJOZ 2021, 1089 (1090 ff.) mit ausf. Darst. d. medizinhistorischen Entwicklung eines multikausalen Denkansatzes.

123 IERG auch Bayer ArbRAktuell 2021, 233 (236) mwN.

124 LAG Rheinland-Pfalz 8.2.2023 – 7 Sa 211/22, BeckRS 2023, 18507 Rn. 102 ff.

125 LAG Berlin-Brandenburg NZA-RR 2023, 351 (353) Rn. 33 ff. zur Testpflicht für Lehrer.

126 Zul. etwa VGH München 2.8.2023 – 20 N 20.2861, BeckRS 2023, 19255, zur Unzulässigkeit der Einreisequarantäne; zur Entgeltfortzahlung bei Quarantäneanordnung auch für ungeimpfte Arbeitnehmer LAG Hamm 24.8.2023 – 15 Sa 1033/22, BeckRS 2023, 23481.

127 Zutr. Leisner-Egensperger JZ 2021, 913 (916); ähnlich Lepsius JZ 2021, 955 (959), unter dem „Eindruck des gewollten Kontrollverlusts und eines anything goes in der Pandemiepolitik“.

128 S. Seiler JZ 2021, 924 (929); Blankenagel JZ 2021, 702 (705).

129 Grewe/Lassahn NVwZ 2021, 665 (667).

130 Murswiek NVwZ-Extra 5/2021, 1; zum Ganzen v. Frankenberg CO-VuR 2022, 698 (701 f.).

131 S. Schwarz, NVwZ-Beil. 2022, 3 (5).

132 Ausf. dazu Lucenti NVwZ-Online 2/2023, 2.

133 Trefflich Boehme-Neßler NVwZ-Beil. 2022, 34 (35).

134 BVerfGE 159, 223 = NJW 2022, 139 = NVwZ-Beil. 2022, 7; BVerfGE 159, 355 = NJW 2022, 167 = NVwZ-Beil. 2022, 36.

135 Vgl. Degenhart NJW 2022, 123 (126) Rn. 21.

136 Näher dazu Schwarz NVwZ-Beil. 2022, 3 (6).

137 Pointiert Kruschke NVwZ-Extra 9/2022, 9.

138 Dennoch Kritik an der Corona-Rspr. übend Stöbe PersR 8/2022, 26; ders. AiB 6/2023, 39; Fischinger SR 2022, 37; Stach NZA 2023, 83.

139 So etwa Bleckmann RdA 2023, 43 (46); Chakrabarti/Glau/Wegmann MDR 2023, 71 (74) Rn. 18; Fuhlrott NZA-RR 2022, 613.

140 Polemisch Marski NJW 2022, 3533 aE.

141 Statt vieler Gierok/Köllmann NZA 2022, 1227 (1234); Pieper NZA-RR 2022, 449 (450); Fuhlrott ArbRAktuell 2022, 181.

142 Zurückhaltend Harms/Kaempff ArbRAktuell 2022, 465.

Nichtsdestoweniger zeigt sich abschließend, dass bei verständiger Würdigung aller im Rahmen der Güterabwägung notwendigerweise zu berücksichtigten Faktoren, schwerlich die Verhältnismäßigkeit der 3G-Regel am Arbeitsplatz angenommen werden kann.

V. Gleichbehandlungsgrundsatz

Während nicht geimpfte und nicht genesene Beschäftigte aufgrund der 3G-Regel in den Betrieben und Dienststellen täglich ihren Teststatus nachweisen mussten, ist die tägliche Zugangskontrolle für als geimpft oder genesen geltende Personen regelmäßig entfallen, wenn sie den entsprechenden Nachweis einmalig vorgelegt hatten und dieser Vorgang dokumentiert war.¹⁴³ Daraus folgt eine Ungleichbehandlung von im Wesentlichen Gleichen, denn beide Personengruppen können in Ermangelung einer sterilen Immunität durch Impfung oder Genesung das Coronavirus weiterverbreiten. Zwar scheidet ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 I GG aus, wenn die Ungleichbehandlung durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt wäre. Jedoch steigen die Anforderungen an den Sachgrund, je stärker sich die Ungleichbehandlung auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten nachteilig auswirken kann.¹⁴⁴

Indes erweist sich die im Gesetzgebungsverfahren angestellte Erwägung, mit der Differenzierung der Adressaten in § 28b I 1 IfSG aF der geimpften Bevölkerung einen „Benefit“ zu verschaffen, um nicht „die Falschen“ zu treffen und die „mitmachenden Bürger“ zu verlieren,¹⁴⁵ als sachwidrig. Die kategorische Unterscheidung zwischen Geimpften und Genesenen einerseits sowie Testpflichtigen andererseits wäre allenfalls dann gerechtfertigt, wenn allein das Impfen der Belegschaft einen effektiven Gesundheitsschutz gewährleisten könnte,¹⁴⁶ was jedoch in Hinsicht auf den nicht signifikanten Fremdschutz durch Impfung oder Genesung geradezu abwegig erscheint. Zusammenfassend war die mit § 28b I 1

IfSG aF verfolgte Differenzierung nicht sachgerecht und die 3G-Regel am Arbeitsplatz entgegen Art. 3 I GG diskriminierend.

VI. Fazit und Ausblick

Angesichts der offenkundig hohen Grundrechtsrelevanz eines arbeitsstättenbezogenen Betretungsverbots mit Erlaubnisvorbehalt erstaunt es, dass eine lebendige Debatte über die unions- und verfassungsrechtlichen Hürden einer 3G-Regel bislang ein Nischendasein fristet. Selbstverständlich dürfen gesellschaftspolitische wie mediale Trends nicht dazu führen, dass die Judikative die gebotene Rechtstatsachenanalyse vernachlässigt, um sich zugleich hinter dem Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum des Gesetz-, Verordnungs- oder gar Arbeitgebers bzw. Dienstherrn zurückzuziehen. Wenig hilfreich sind in diesem Zusammenhang Initiativen in Richtung des eingangs erwähnten Entwurfs eines Epidemiegesetzes, welches kurzerhand die Verfehlungen der Vergangenheit fortschreibt, und den umstrittenen § 28b I 1 IfSG aF im Kern nachbildet. Für die umso nötigere Entwicklung einer *wirklichkeitsorientierten Fehlerkultur*¹⁴⁷ wird der Staat schon aus strukturellen Gründen auf konstruktive Impulse aus der Rechtswissenschaft und -praxis angewiesen sein. Künftige infektionsschutzrechtliche Reformvorhaben werden sicherlich einem rationalen Diskurs entlang der weltweit gewonnenen empirischen Erkenntnisse aus der Corona-Krise zugänglich sein und sich an dessen Resultate ausrichten müssen. ■

143 Schmidt COVID-19/Felz, 3. Aufl. 2022, § 29 Rn. 38.

144 StRspr., s. nur BVerfGE 160, 41 = NJW 2022, 532 (534) Rn. 54.

145 In dieser Drastik jedoch Wißmann, BT Hauptausschuss, Stenografisches Protokoll 20/2, 25 f., welcher zu Unrecht ein partielles „Mäßigungsgebot gegenüber Geimpften“ von Verfassungen wegen annimmt.

146 Vgl. Wittek ArbRAktuell 2021, 61 (64).

147 Für eine „wissenschaftsbasierte Fehlerkultur“ derweil Lepsius DVBl 2023, 701 (710).