

A. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde

I. Zuständigkeit des BVerfG gem. Art. 93 I Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG

Das Bundesverfassungsgericht ist für Verfassungsbeschwerden gem. Art. 93 I Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90ff BVerfGG zuständig. Die angegriffene Regelung ist beigelegt als

Anlage 1

Von der Ermächtigung nach Absatz 6, wonach das Bundesministerium für Arbeit und Soziales ermächtigt wird, im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Gesundheit durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates für einen befristeten Zeitraum vorzuschreiben, welche Maßnahmen die Arbeitgeber zur Umsetzung der Verpflichtungen nach dieser Vorschrift zu treffen haben und wie sich die Beschäftigten zu verhalten haben, um ihre jeweiligen Pflichten, die sich aus dieser Vorschrift ergeben, zu erfüllen, wurde (bis Einreichung) nicht Gebrauch gemacht.

II. Beschwerdefähigkeit nach § 90 I BVerfGG

Grundrechtsträger sind nach Art. 19 Abs. 3 GG auch inländische juristische Personen, soweit Grundrechte betroffen sind, die ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind.¹ Die Berufsfreiheit, insbesondere in Form der Berufsausübungsfreiheit (unternehmerische Freiheit) ist dem Wesen nach anwendbar.

III. Prozessfähigkeit

Die Beschwerdeführer zu 1) bis 4) sind als juristische Person durch ihre Organe vertreten, hier nach § 35 GmbHG durch ihren Geschäftsführer bzw. die Geschäftsführer.

VI. Beschwerdebefugnis nach § 90 I BVerfGG

Es besteht auch die Möglichkeit der Grundrechtsverletzung, da der § 28b IfSG als hoheitliche Maßnahme in die Berufsfreiheit eingreift. Nach § 106 GewO kann zwar der Arbeitgeber Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen, jedoch sind hierbei gesetzliche Vorschriften zu berücksichtigen. Die Beschwerdeführer zu 1) bis 4) sind selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen.

VII. Ordnungsgemäßer Antrag nach §§ 23 I, 93 BVerfGG

Bei einer Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz oder einen sonstigen Hoheitsakt, gegen den der Rechtsweg i.S.d. § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG nicht offen steht, beträgt die Frist zur Einlegung der Verfassungsbeschwerde gemäß § 93 Abs. 3 BVerfGG ein Jahr, wobei die Frist mit dem

¹ vgl. BVerfGE 15, 256

Inkrafttreten oder dem Erlass des Hoheitsaktes beginnt. Ebenfalls ist das Schriftformerfordernis gewahrt.

B. Begründetheit einer Verfassungsbeschwerde

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, wenn die Beschwerdeführer durch das Gesetz tatsächlich in ihren Grundrechten verletzt werden. Ein Grundrecht ist verletzt, wenn dasjenige Verhalten, an dem sich der Beschwerdeführer durch das Gesetz gehindert sieht, in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt, das Gesetz in dieses Grundrecht eingreift und dieser Eingriff nicht verfassungsrechtlich zu rechtfertigen ist. Das BVerfG prüft dabei den entsprechenden Hoheitsakt über die gerügten Verletzungen hinaus umfassend auf seine Verfassungsmäßigkeit.

Die angegriffene Regelung lautet:

(1) Arbeitgeber und Beschäftigte dürfen Arbeitsstätten, in denen physische Kontakte von Arbeitgebern und Beschäftigten untereinander oder zu Dritten nicht ausgeschlossen werden können, nur betreten und Arbeitgeber dürfen Transporte von mehreren Beschäftigten zur Arbeitsstätte oder von der Arbeitsstätte nur durchführen, wenn sie geimpfte Personen, genesene Personen oder getestete Personen im Sinne des § 2 Nummer 2, Nummer 4 oder Nummer 6 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung in der jeweils geltenden Fassung sind und einen Impfnachweis, einen Genesenennachweis oder einen Testnachweis im Sinne des § 2 Nummer 3, Nummer 5 oder Nummer 7 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung in der jeweils geltenden Fassung mit sich führen, zur Kontrolle verfügbar halten oder bei dem Arbeitgeber hinterlegt haben. Sofern die dem Testnachweis zugrunde liegende Testung mittels Nukleinsäurenachweis (PCR, PoC-PCR oder weitere Methoden der Nukleinsäureamplifikationstechnik) erfolgt ist, darf diese abweichend von § 2 Nummer 7 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung in der jeweils geltenden Fassung maximal 48 Stunden zurückliegen. Abweichend von Satz 1 ist Arbeitgebern und Beschäftigten ein Betreten der Arbeitsstätte erlaubt, um

1.

unmittelbar vor der Arbeitsaufnahme ein Testangebot des Arbeitgebers zur Erlangung eines Nachweises im Sinne des § 4 Absatz 1 der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung vom 25. Juni 2021 (BAnz AT 28.06.2021 V1), die durch Artikel 1 der Verordnung vom 6. September 2021 (BAnz AT 09.09.2021 V1) geändert worden ist, wahrzunehmen oder

2.

ein Impfangebot des Arbeitgebers wahrzunehmen.

Der Arbeitgeber hat seine Beschäftigten bei Bedarf in barrierefrei zugänglicher Form über die betrieblichen Zugangsregelungen zu informieren.

(2) Arbeitgeber, Beschäftigte und Besucher in den folgenden Einrichtungen und Unternehmen dürfen diese nur betreten oder in diesen nur tätig werden, wenn sie getestete Personen im Sinne des § 2 Nummer 6 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung in der jeweils geltenden Fassung sind und einen Testnachweis mit sich führen:

1.

Einrichtungen und Unternehmen nach § 23 Absatz 3 Satz 1 mit der Maßgabe, dass Vorsorge- und Rehabilitationseinrichtungen auch dann umfasst sind, wenn dort keine den Krankenhäusern vergleichbare medizinische Versorgung erfolgt, und

2.

Einrichtungen und Unternehmen nach § 36 Absatz 1 Nummer 2 und 7.

In oder von den in Satz 1 genannten Einrichtungen und Unternehmen behandelte, betreute, gepflegte oder untergebrachte Personen sowie Begleitpersonen, die die Einrichtung oder das Unternehmen nur für einen unerheblichen Zeitraum betreten, gelten nicht als Besucher im Sinne des Satzes 1; Menschen mit Behinderungen, die Leistungen im Eingangsverfahren, im Berufsbildungsbereich oder im Arbeitsbereich einer anerkannten Werkstatt für behinderte Menschen oder eines anderen Leistungsanbieters nach § 60 des Neunten Buches Sozialgesetzbuch erhalten sowie Auszubildende, Studierende und Schülerinnen und Schüler, die die in Satz 1 genannten Einrichtungen und Unternehmen zum Zweck ihrer beruflichen Bildung betreten, gelten als Beschäftigte im Sinne des Satzes 1. Absatz 1 Satz 2 gilt entsprechend. Für Arbeitgeber und Beschäftigte kann die zugrunde liegende Testung auch durch Antigen-Tests zur Eigenanwendung ohne Überwachung erfolgen, wenn sie geimpfte Personen oder genesene Personen im Sinne des § 2 Nummer 2 oder Nummer 4 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung in der jeweils geltenden Fassung sind; das gilt entsprechend für Besucher, die als medizinisches Personal die in den in Satz 1 genannten Einrichtungen und Unternehmen behandelten, betreuten, gepflegten oder untergebrachten Personen zu Behandlungszwecken aufsuchen und geimpfte Personen oder genesene Personen im Sinne des § 2 Nummer 2 oder Nummer 4 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung in der jeweils geltenden Fassung sind. Eine Testung muss für Arbeitgeber und Beschäftigte, die geimpfte Personen oder genesene Personen im Sinne des § 2 Nummer 2 oder Nummer 4 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung in der jeweils geltenden Fassung sind, mindestens zweimal pro Kalenderwoche durchgeführt werden. Für Besucher, die die Einrichtung oder das Unternehmen im Rahmen eines Notfalleinsatzes oder aus anderen Gründen ohne Kontakt zu den in den in Satz 1 genannten Einrichtungen und Unternehmen behandelten, betreuten, gepflegten oder untergebrachten Personen nur für einen unerheblichen Zeitraum betreten, gilt Satz 1 nicht. Für Arbeitgeber, Beschäftigte und Besucher gilt Absatz 1 Satz 3, für Arbeitgeber und Beschäftigte auch Absatz 1 Satz 4 entsprechend. Die in Satz 1 genannten Einrichtungen und Unternehmen sind verpflichtet, ein einrichtungs- oder unternehmensbezogenes Testkonzept zu erstellen. Im Rahmen des Testkonzepts haben sie Testungen auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 für alle Beschäftigten und Einrichtungen nach § 36 Absatz 1 Nummer 2 auch für alle Besucher anzubieten.

(3) Alle Arbeitgeber sowie die Leitungen der in Absatz 2 Satz 1 genannten Einrichtungen und Unternehmen sind verpflichtet, die Einhaltung der Verpflichtungen nach Absatz 1 Satz 1 und Absatz 2 Satz 1 durch Nachweiskontrollen täglich zu überwachen und regelmäßig zu dokumentieren. Alle Arbeitgeber und jeder Beschäftigte sowie Besucher der in Absatz 2 Satz 1 genannten Einrichtungen und Unternehmen sind verpflichtet, einen entsprechenden Nachweis auf Verlangen vorzulegen. Soweit es zur Erfüllung der Pflichten aus Satz 1 erforderlich ist, darf der Arbeitgeber sowie die Leitung der in Absatz 2 Satz 1 genannten Einrichtungen und Unternehmen zu diesem Zweck personenbezogene Daten einschließlich Daten zum Impf-, Sero- und Teststatus in Bezug auf die Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) verarbeiten. Die Daten dürfen auch zur Anpassung des betrieblichen Hygienekonzepts auf Grundlage der Gefährdungsbeurteilung gemäß den §§ 5 und 6 des Arbeitsschutzgesetzes verwendet werden, soweit dies erforderlich ist. § 22 Absatz 2 des Bundesdatenschutzgesetzes gilt entsprechend. Die zuständige Behörde kann von jedem Arbeitgeber sowie von den Leitungen der in Absatz 2 Satz 1 genannten Einrichtungen und Unternehmen die zur Durchführung ihrer Überwachungsaufgabe erforderlichen Auskünfte verlangen. Voll- und teilstationäre Pflegeeinrichtungen sind verpflichtet, der zuständigen Behörde monatlich Angaben zum Anteil der Personen, die gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 geimpft sind, jeweils bezogen auf die Personen, die in der Einrichtung beschäftigt sind oder behandelt, betreut oder gepflegt werden oder untergebracht sind, in anonymisierter Form zu übermitteln. Sonstige in Absatz 2 Satz 1 genannte Einrichtungen oder Unternehmen sind verpflichtet, der zuständigen Behörde auf deren Anforderung Angaben zum Anteil der Personen, die gegen das Coronavirus SARS-CoV-

2 geimpft sind, in Bezug auf die Personen, die in der Einrichtung oder dem Unternehmen beschäftigt sind, in anonymisierter Form zu übermitteln. Voll- und teilstationäre Pflegeeinrichtungen dürfen den Impfstatus der Personen, die dort behandelt, betreut oder gepflegt werden oder untergebracht sind, erheben; diese Daten dürfen nur zur Beurteilung der Gefährdungslage in der Einrichtung oder dem Unternehmen im Hinblick auf die Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) und zur Vorbereitung der Berichterstattung nach Satz 7 verarbeitet werden und nur solange und soweit dies erforderlich ist. Die nach den Sätzen 3 und 9 erhobenen Daten sind spätestens am Ende des sechsten Monats nach ihrer Erhebung zu löschen; die Bestimmungen des allgemeinen Datenschutzrechts bleiben unberührt.

(4) Der Arbeitgeber hat den Beschäftigten im Fall von Büroarbeit oder vergleichbaren Tätigkeiten anzubieten, diese Tätigkeiten in deren Wohnung auszuführen, wenn keine zwingenden betriebsbedingten Gründe entgegenstehen. Die Beschäftigten haben dieses Angebot anzunehmen, soweit ihrerseits keine Gründe entgegenstehen. Die zuständigen Behörden für den Vollzug der Sätze 1 und 2 bestimmen die Länder nach § 54 Satz 1.

I. Schutzbereich

1. Persönlicher Schutzbereich

Juristische Personen sind grundrechtsberechtigt, wenn die jeweilige Tätigkeit nach Art und Wesen ebenso von natürlichen Personen ausgeübt werden kann. Dies ist bei Artikel 12 Grundgesetz der Fall.²

2. Sachlicher Schutzbereich

Art. 12 I GG schützt sowohl die Berufswahl als auch die Berufsausübung. Der Schutz der Berufsausübung umfasst im Wesentlichen Form, Mittel, Inhalt und Umfang der beruflichen Tätigkeit.

3. Eingriff

Der Eingriff muss nach Lesart des BVerfG eine objektiv berufsregelnde Tendenz aufweisen.³ Eine objektiv berufsregelnde Tendenz liegt vor, wenn die staatliche Maßnahme zur Änderung der Rahmenbedingungen einer beruflichen Tätigkeit führt und ein enger Zusammenhang zur Ausübung des jeweiligen Berufs besteht. Hier dürfte es sich um Einschränkungen von Berufsausübungsregelungen handeln, denn diese sind Bedingungen und Modalitäten, unter denen bzw. in denen sich die berufliche Tätigkeit vollzieht. Nach § 106 GewO kann zwar der Arbeitgeber Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen, jedoch sind hierbei gesetzliche Vorschriften zu berücksichtigen. Die Beschwerdeführer sind insbesondere durch folgende wesentlichen Regelungsgehalte in ihrer unternehmerischen Freiheit eingeschränkt:

1. § 28b Absatz 1 IfSG: Bereitstellung und Betretung des Arbeitsplatzes unter der sog. „3-G Regelung“
2. § 28 b Absatz 3: Nachweiskontrolle und Dokumentierung
3. § 28 b Absatz 4 Pflicht zur Anbietung von „Home-Office“

² BVerfGE 21, 262, 266; Jarass/Pieroth, GG, Art. 12 Rn. 10

³ BVerfGE 97, 228, 254

Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Sämtliche Grundrechtseingriffe bedürfen einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung. Jeder Eingriff kann nur gerechtfertigt sein, wenn er verhältnismäßig ist. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist gewahrt, wenn der Eingriff einen legitimen Zweck in geeigneter, erforderlicher und angemessener Weise verfolgt.⁴ Als legitimer Zweck wird genannt, die Eindämmung der fortschreitenden Verbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 und der hierdurch verursachten Krankheit COVID-19 zu verhindern und/oder einzudämmen und damit den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung sicherstellen.

Nach § 1 Absatz 2 IfSG ist Zweck des Infektionsschutzgesetz insbesondere aber auch die Eigenverantwortung der Verantwortlichen zu stärken. Hintergrund der Gesetzesinitiative war seinerzeit insbesondere, die Forderung nach Deregulierung — weniger Gesetze und weniger Staat — und Stärkung der Eigenverantwortung des Einzelnen, aber auch derjenigen von Einrichtungen und Unternehmen.⁵

1) Legitimer Zweck/ Umfang

Schon vor diesem Gesichtspunkt – dem Sinn und Zweck des Infektionsschutzgesetzes – ist die gesetzliche Regelung, die zudem in der Rechtsfolge einen Sanktionscharakter aufweist, als nicht legitim zu bewerten. Die Legitimität des Zwecks richtet sich weiter nach der Eingriffsintensität bzw. der Eingriffsstufe. Berufsausübungsregelungen können jeden Gemeinwohlzweck verfolgen. Nach nunmehr gefestigter Verfassungsrechtsprechung gem. Art. 12 I i.V.m. Art. 3 I GG muss eine Berufsausübungsregel diskriminierungsfrei ausgestaltet werden.⁶ Subjektive Zulassungsvoraussetzungen dürfen nur Zwecke verfolgen, die dem Schutz eines wichtigen Gemeinschaftsguts dienen. Die jeweilige Regelung muss also sicherstellen können, dass die Berufsausübung durch Berufswillige ordnungsgemäß und ohne besondere Gefahren für die Allgemeinheit vonstatten geht. Objektive Zulassungsschranken dürfen nur den Zweck verfolgen eine nachweisbare oder höchstwahrscheinliche Gefahr für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut abzuwehren. Dazu zählen beispielsweise heterogene Gemeinschaftsgüter wie die Gesundheitsversorgung.

Auch, wenn zu Beginn der staatlich ausgerufenen Pandemie ggf. die Unsicherheit bestand und die Gefährlichkeit noch nicht hinreichend abgeschätzt werden konnte, ob es sich bei dem SARS-CoV-2 um eine(n) bedrohliche(n) Erreger/Erkrankung i.S.d. §2 Nr. 3a IfSG handelt, hat sich mittlerweile herausgestellt, dass es sich um einen vergleichbar ungefährlichen Virus handelt.

⁴ Grzeszick, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 94. EL Januar 2021, Art. 20 Rn. 11

⁵ ales, S. Baumann, Infektionsschutzgesetz, Kommentar und Vorschriftensammlung, W. Kohlhammer, Stuttgart, Berlin, Köln, 4. Auflage 2012, Nr. 5.3.2.

⁶ BVerfG, 24.01.2012 - 1 BvL 21/11

„Näherungsweise Schätzung der Infektions-Sterbe-Rate: Multipliziert man die Zahl der gemeldeten Fälle (Stand 06.06.2021 ca. 3,7 Millionen) mit einem in Studien beobachteten Untererfassungsfaktor von 4-6 (159) (s. auch Abschnitt 20, Untererfassung), so ergibt sich eine Infektions-Sterbe-Rate von etwa 0,4 – 0,6 %.⁷ Internationale Studien gehen von 0,2 % aus.⁸

Für die Beurteilung können zudem die Eigenheiten der Krankheit, epidemiologische Erkenntnisse und Wertungen sowie die jeweiligen Erkenntnisse über Zeitpunkt, Art und Umfang der möglichen Exposition und über die Empfänglichkeit der Person für den Erreger zu berücksichtigt werden.⁹ Für diese Darlegung ist der Gesetzgeber darlegungs – und beweisbelastet. Da sich die Aussagen des Robert – Koch-Instituts als weisungsgebundene Behörde als unverlässlich erwiesen haben, wird zu den o.g. Bewertung die

Einholung eines unabhängigen Sachverständigengutachtens beantragt.

Weiter ist hinsichtlich der Gefahrensituation zu beachten, dass der individuelle Gesundheitsschutz grundsätzlich nicht aktive Aufgabe des Staates und Schutzgut der öffentlichen Sicherheit und Ordnung oder ein sonstiges legitimes Anliegen der Allgemeinheit, zu dessen Durchsetzung der Staat ermächtigt ist. Das Tatbestandsmerkmal „öffentlich“ fordert, dass das Rechtsgut eines Dritten gefährdet ist. Unter einer Gefahr ist hierbei ein Zustand zu verstehen, der nach verständiger, auf allgemeiner Lebenserfahrung beruhender Beurteilung in näherer Zeit den Eintritt eines Schadens für ein Schutzgut der öffentlichen Sicherheit und Ordnung erwarten lässt. Bei der Ansteckungswahrscheinlichkeit mit einem Erreger handelt es sich zudem nur um eine abstrakte Gefahr. Hier ist nur dann von einem Gefahrenzustand auszugehen, wenn mit hinreichender Wahrscheinlichkeit mit einem Schaden für ein Schutzgut zu rechnen ist.

Weder der damalige Inzidenzwert (s. auch 3 bb), noch die Behauptung einer angeblichen symptomlosen Ansteckungswahrscheinlichkeit können einen hinreichende Gefahrenlage begründen, die es rechtfertigen kann, in so erheblichen Maße in die Grundrechtspositionen einzugreifen. Evidenzbasierte Studien und wissenschaftliche Erkenntnisse zur Tauglichkeit einzelner Maßnahmen sind bis heute nicht beigebracht. Die Darlegung – und Beweislast liegt beim Gesetzgeber.

Dieser muss insbesondere darlegen, dass ein staatliches, hoheitliches Eingreifen effektiver ist, als auf die Verantwortung der Bürger und Unternehmen zu setzen. Es wäre – insbesondere im Hinblick auf den o.g. Sinn und Zweck des Infektionsschutzgesetz – zu prüfen, ob das staatliche Eingreifen sich nicht vielmehr auf die Stärkung und Unterstützung der eigenverantwortlichen Gefahrenabwehr erstrecken müsste.

Gefahrenquellen und besondere Gefahrensituationen dürften situativ und individuell weitaus effektiver zu bekämpfen sein, als mit einer gesetzlichen Norm mit Sanktionscharakter „flächendeckend“ in sämtliche Betriebe einzugreifen.

⁷https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Steckbrief.html?jsessionid=73BD55F230E8070446B8493095E80DC0.internet111?nn=13490888#doc13776792bodyText13

⁸ <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/117605/RKI-Coronafallsterblichkeit-aktuell-bei-deutlich-unter-1-Prozent>

⁹ BVerwG, Entscheidung vom 22.03.2012, 3 C 16/11

Es wird zum Zeitpunkt der Einführung des § 28b IfSG daher schon kein legitimer Zweck(mehr) verfolgt, denn die Ansteckungswahrscheinlichkeit mit einem influenzaartigen Virus ist ein allgemeines Lebensrisiko.

Die Gefahrenschwelle, dass der Gesetzgeber berechtigt wäre eine konkrete Gefahr für Leib und Leben für eine Vielzahl von Personen abzuwehren, ist zum Zeitpunkt der Einführung des § 28b IfSG nicht überschritten und müsste auch hinsichtlich der Effektivität besonders dargelegt werden, denn Ziel des Infektionsschutzgesetzes ist es eine effektive Gefahrenabwehr zu ermöglichen, §§ 1 Abs. 1, 28 Abs. 1 IfSG.

2) Überlastung des Gesundheitssystems als öffentliche Gesundheit i.S.d. § 5 IfSG

Als weiterer Zweck wird genannt, dass eine Überlastung des Gesundheitssystems verhindert werden soll. Es lag und liegt jedoch zu keinem Zeitpunkt eine Überlastung des Gesundheitssystems oder drohende Überlastung des Gesundheitssystems vor – insbesondere nicht durch Covid19- Patienten. Nach der Analyse des RWI-Leibniz-Institut¹⁰, das vom Bundesgesundheitsministerium beauftragt wurde, ergibt sich eine durchschnittliche Belegungsquote von 3,4% bzw. 3,6% durch COVID-19 (Seite 13). Gemessen an der vorhandenen Bettenkapazität ergibt sich eine durchschnittliche Belegungsquote von 1,3% durch COVID-19. Die höchsten tagesbezogenen Belegungsquoten gab es in der zweiten Dezemberhälfte mit knapp 5% aller Betten (Seite12). Wie auch das Schaubild (Seite 14) zeigt war die Intensivbelegung während der gesamten Corona-Zeit äußerst gering. Gleiche Entwicklungen sind derzeit zu beobachten. Da es sich bei der Sicherstellung eines kapazitätsmäßig ausreichenden Gesundheitssystems zudem um einen staatlichen Daseinsfürsorgeauftrag handelt, wären zunächst Kapazitäten zu schaffen, auch im Hinblick auf die erfolgten Privatisierungen von Landeskrankenhäusern wäre ein Kontrahierungszwang zu diskutieren.

3) Geeignetheit des Mittels – 1) 3 G Regelung

a) Ungleichbehandlung zwischen nicht Getesteten, Getesteten, Geimpften und Genesenen

Die Zutrittsbeschränkungen stellen sich als infektionsschutzrechtliche Maßnahme dar und sind als verfassungswidrig zu bewerten, da sie insbesondere gegen das Diskriminierungsverbot verstoßen. Der Eingriff der 3-G-Regelung ist erheblich, da er in die gesamte Unternehmensorganisation eingreift, einen nicht unerheblichen finanziellen und personellen Mehraufwand für den Arbeitgeber verursacht und ggf. seine Rechtsposition gegenüber Arbeitnehmern in der Weise verschlechtert, als dass er aufgrund der Rechtsunsicherheit sich bei Verletzung von Arbeitgeberverpflichtungen schadensersatzpflichtig macht.

Da – wie vorstehend ausgeführt - aber auch der Gesetzgeber verpflichtet ist, eine Berufsausübungsregel **diskriminierungsfrei** zu gestalten, müsste es für die Ungleichbehandlung einen sachlichen Grund geben. Damit sich mehrere Sachverhalte im

¹⁰https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/C/Coronavirus/Analyse_Leistungen_Ausgleichszahlungen_2020_Corona-Krise.pdf

Rahmen des Art. 3 Absatz 1 GG vergleichen lassen, müssen sie dem Zugriff desselben Hoheitsträgers ausgesetzt sein. Da es sich um betroffene Arbeitnehmer handelt, sind die Personen vergleichbar.

Die derzeit verfügbaren COVID-19-Impfstoffe müssten daher geeignet sind, um eine weitere Ausbreitung von SARS-CoV-2 zu verhindern und um eine Herdenimmunität herzustellen.

Bereits aus den Zulassungspapieren bei der European Medicines Agency (EMA) ergibt sich, dass alle derzeit bedingt zugelassenen Impfstoffe der Verhinderung einer COVID-19-Erkrankung dienen. Jedoch wird bei allen vier Impfstoffen die Frage, ob durch diesen Impfstoff eine Übertragung bzw. Weiterverbreitung verhindert werden kann, dahingehend beantwortet, dass der Einfluss der Impfung auf die Verbreitung des SARS-CoV-2 Virus in der Gemeinschaft nicht bekannt ist. Weiter heißt es auf der Homepage der EMA, dass noch nicht bekannt ist, wie viele geimpfte Menschen noch das Virus in sich tragen und es verbreiten können.¹¹ Das bedeutet, dass sich bereits aus den Zulassungsdokumenten der EMA ergibt, dass alle vier COVID-19-Impfstoffe gar nicht dafür zugelassen wurden, eine Ausbreitung von SARS-CoV-2 zu verhindern oder zu reduzieren, sondern allein zur Verhinderung einer COVID-19-Erkrankung. Nach den Zulassungsdokumenten ist bereits äußerst fraglich, ob durch die COVID-19-Impfstoffe das Ziel, die Ausbreitung von SARS-CoV-2 zu verhindern, überhaupt erreicht werden kann. Ein Bericht der amerikanischen Gesundheitsbehörde Centers for Disease Control and Prevention (CDC) vom 6.8.2021 stellt die Wirksamkeit der COVID-19-Impfstoffe in Frage. Darin heißt es: „Insgesamt waren 274 (79 %) geimpfte Patienten mit einer Durchbruchinfektion symptomatisch. Von fünf COVID-19-Patienten, die ins Krankenhaus eingeliefert wurden, waren vier vollständig geimpft; Todesfälle wurden nicht gemeldet. Die Zyklusschwellenwerte der Reverse-Transkriptions-Polymerase-Kettenreaktion (RT-PCR) in Proben von 127 geimpften Personen mit Durchbruchfällen waren mit denen von 84 ungeimpften Personen vergleichbar.“¹² Dem letzten Satz ist zu entnehmen, dass die Geimpften eine genauso hohe Viruslast hatten wie die Ungeimpften. Das bedeutet, dass Geimpfte genauso ansteckend sind, wie Ungeimpfte.

Dies deckt sich mit den Ergebnissen weiterer amerikanischer und britischer Studien: Eine am 10.8.2021 im Preprint im Fachjournal „The Lancet“ veröffentlichte Studie) kam sogar zu dem Schluss, dass geimpfte Personen bei Infektion mit der Delta-Variante eine 251-mal höhere Virenlast als Ungeimpfte in den Nasenlöchern haben, wie mit den früheren Varianten (sic!). Eine derart hohe Virenbelastung wurde bislang bei Ungeimpften nicht festgestellt. Bei dieser Studie handelt es sich um eine Untersuchung von der renommierten Oxford University Clinical Research Group, die sich mit Durchbruchinfektionen in einem Krankenhaus in Vietnam befasste.¹³

Wissenschaftlich fehlerhaft und ungenügend ist insoweit das epidemiologische Bulletin 35/2021 vom 2.9.2021 (online vorab) des Robert Koch-Instituts (RKI), das aufgrund

¹¹ . <https://www.ema.europa.eu/en/medicines/human/EPAR/comirnaty>;
<https://www.ema.europa.eu/en/medicines/human/EPAR/spikevax-previously-covid-19-vaccine-moderna>;
<https://www.ema.europa.eu/en/medicines/human/EPAR/vaxzevria-previously-covid-19-vaccine-astrazeneca>;

¹² (https://www.cdc.gov/mmwr/volumes/70/wr/mm7031e2.htm?s_cid=mm7031e2_w).

¹³ (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3897733,
<https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2021.07.31.21261387v2>)
(<https://www.ndm.ox.ac.uk/files/coronavirus/covid-19-infection-survey/finalfinalcombinedve20210816.pdf>).

mathematischer Modelle nach wie vor von einer Wirksamkeit der COVID-19-Impfungen ausgeht und dabei die eben angeführten Berichte der englischen Gesundheitsbehörde Public Health England vom 6.8.2021 und der amerikanischen Gesundheitsbehörde CDC vom 6.8.2021 sowie die drei eben genannten Studien ignoriert. Insoweit auch überholt ist der Aufsatz „COVID-19-Impfungen vor dem Hintergrund einer Impfpflicht“ von Patrick Aligbe (BePR 2021, 274- 278), der hinsichtlich der Wirksamkeit der COVID-19-Impfstoffe auf das epidemiologische Bulletin 16/2021 des RKI abstellt. Darüber hinaus ist festzustellen, dass Länder mit einer hohen Impfquote wie Israel, Island oder der US-Bundesstaat Hawaii derzeit einen Anstieg an Infektionen und Krankenhauseinweisungen verzeichnen.

Die praktischen Beispiele aus Ländern mit hoher Impfquote wie Israel, Island und Hawaii zeigen, dass mit den COVID-19-Impfungen keine Herdenimmunität erreicht werden kann. Dies bestätigte sogar der Chefepidemiologe Islands. Die Situation in Island, Israel und Hawaii hat sich nach den Impfungen eher verschlimmert, als verbessert.

Beweis: Einholung eines unabhängigen Sachverständigengutachten

aa) Beweislast

Die Beweislast für die Geeignetheit der COVID-19-Impfstoffe trägt der Gesetzgeber. Das bedeutet, dass dieser beweisen muss, dass die COVID-19-Impfstoffe eine weitere Ausbreitung von SARS-CoV-2 verhindern und zu einer Herdenimmunität in der Bevölkerung gegen SARS-CoV-2 führen. Diesen Beweis wird der Gesetzgeber angesichts der eindeutigen Zulassungsdokumente der EMA, die besagen, dass nicht bekannt ist, ob durch einen COVID-19-Impfstoff die Weitergabe des Virus SARS-CoV-2 verhindert werden kann, schwer führen können. Dazu kommen noch die Berichte der amerikanischen Gesundheitsbehörde CDC und der englischen Gesundheitsbehörde Public Health England, wonach Geimpfte genauso ansteckend sind wie Ungeimpfte. Diese behördlichen Feststellungen werden durch drei weitere Studien bestätigt. Schließlich spricht die negative Bilanz in den Ländern mit 80%iger Impfquote wie Island und dem US-Bundesstaat Hawaii und die Aussage des Chefepidemiologen von Island eine eindeutige Sprache, dass Herdenimmunität mit den COVID-19-Impfstoffen nicht erreicht werden kann. Das mit den COVID-19-Impfungen verfolgte Ziel kann damit erwiesenermaßen nicht erreicht werden.

bb) Untauglicher PCR- und Antigen-Schnelltest

Der verwendete Test sind zudem bereits untauglich (100%), da sie insbesondere nicht in der Lage sind eine Infektiosität i.S.d. § 2 Nr. 2 IfSG nachzuweisen. Denn dies fordert neben der Aufnahme eines Krankheitserregers auch den Nachweis über seine nachfolgende Entwicklung oder Vermehrung im menschlichen Organismus.

Beweis: Vernehmung des

1. Prof. Christian Drosten, zu laden über die Charite Berlin, Charité Berlin, Charitéplatz 1, 10117 Berlin
2. Prof. Dr. rer. hum. biol. Ulrike Kämmerer, zu laden über das Universitätsklinikum Würzburg, Anstalt des öffentlichen Rechts, Josef-Schneider-Straße 2, 97080 Würzburg

Aus den Zulassungsunterlagen des PCR-Test ergibt sich zudem, dass dieser den Sars-CoV-2 nicht nachweist, sondern, für den Nachweis der 2019-nCoV-RNA konzipierten Assays mit charakterisierten Beständen in vitro transkribierter Vollängen-RNA (N-Gen; GenBank-

Zugang: MN908947.2) mit bekanntem Titer (RNA-Kopien/ μ L) getestet, die in ein Verdünnungsmittel bestehend aus einer Suspension menschlicher A549-Zellen und einem viralen Transportmedium (VTM) gegeben wurden, um eine klinische Probe nachzuahmen.¹⁴

cc) Gefährdung durch Tests – Gefährdungsanalyse von Prof. Dr. Werner Bergholz vom 12. November 2021

beigefügt als Anlage 2

Im Rahmen der Geeignetheit und der betrieblichen Gefährdungsbeurteilung muss zudem die Gefahr berücksichtigt werden, die von den verwendeten Tests ausgeht, sodass die Beschwerdeführer diese – um sich nicht schadensersatzpflichtig zu machen und ihrer arbeitgeberseitigen Fürsorgeverpflichtung nachzukommen, nur Spucktests in Frage kommen. Die Ergebnisse der vorstehenden Analyse sind im Wesentlichen:

1. Die Antigenschnelltests enthalten Gold Nanopartikel und mindestens in einem Fall eine nicht in Europa zugelassene Chemikalie, die jetzt eine Ausnahmegenehmigung erhalten hat. **Alle diese Stoffe sind gesundheits- und umweltschädlich.** Alle bisher untersuchten Beipackzettel zu Schnelltests weisen gesundheitsgefährdende Chemikalien auf. Ein Spucktest beruht auf Kohlenstoffnanoröhrchen, auch ein Nanomaterial, das grundsätzlich der europäischen REACH Chemikalienverordnung unterliegt.
2. Es ist nach wissenschaftlichen Untersuchungen davon auszugehen, dass die Abstrichstäbchen sowohl für die Antigenschnelltests als auch für die PCR Tests von der Ethylenoxyd (EO) Sterilisierung **50 mal so viel EO auf den Oberflächen enthalten wie die täglich erlaubte Menge** für beruflich exponierte Personen. In Lebensmitteln darf überhaupt kein EO enthalten sein, da es extrem krebserregend und erbgutschädigend ist. Die teilweise auf Packungen angegebene Sterilisierung mit Gammastrahlen (R) wäre unbedenklich, eine Sterilisierung von täglich mehreren Millionen Stück erscheint wegen der hohen Kosten und beschränkter Bestrahlungskapazitäten aber unrealistisch und deswegen ohne Zertifikatsnachweis über die Bestrahlung als unglaubwürdig.
3. Ein zusätzlicher Schaden wird durch die abrasiven Abstrichstäbchen verursacht, da diese die Schleimhäute verletzen, häufig zu **Nasenbluten** führen, **Fremdkörper** auf den Schleimhäuten hinterlassen und im Extremfall bei Nasenabstrichen zum **Austritt von Gehirnwasser** geführt haben.
4. Die in den Beipackzetteln wegen der Gefahrstoffe geforderten Schutzmaßnahmen sind uneinheitlich, sie reichen von keiner Angabe bis ca. 80% der eigentlich zu erwähnenden Schutzmaßnahmen. Beipackzettel für den Laiengebrauch unterschlagen oft wichtige Informationen zu Gefahrstoffen und Schutzvorkehrungen komplett und enthalten meistens überhaupt keine näheren Informationen zu den Chemikalien.
5. **Die Durchführung der Tests** durch Laien in häuslicher Umgebung oder in Klassenräumen **verstößt gegen allgemeine Sicherheitsvorschriften** für den Umgang mit gesundheitsschädlichen Chemikalien und in mindestens einem Fall gegen Vorschriften der europäischen Chemikalienverordnung REACH und war somit vor der Erteilung einer Ausnahmegenehmigung rechtswidrig.
6. Prof. Dr. Werner Bergholz, Gefährdungsanalyse für die Durchführung von Covid-19 Tests

¹⁴ <https://www.fda.gov/media/134922/download>, Seite 40

7. **Die massenhafte Anwendung der Antigenschnelltests und PCR Tests ist sinnlos**, da sie bei realistischer Betrachtung keinen positiven Effekt auf das Infektionsgeschehen haben kann. Dies gilt in besonderem Maße für die Anwendung bei Schülern, für die das Risiko von Hospitalisierung (also einem schweren Verlauf) verschwindend gering ist, und von Schülern geht auch kein signifikantes Infektionsrisiko für andere Altersgruppen aus. Dies gilt aber auch im Berufsalltag, da für unter Sechzigjährige das Risiko ebenfalls sehr klein ist, vergleichbar mit dem Risiko einer mittleren Grippe.
8. Es wird empfohlen, die Antigenschnelltests ausschließlich durch Fachpersonal in dafür ausgestatteten Laboren und nur bei symptomatischen Personen einzusetzen.

4) Erforderlichkeit des Eingriffs

Die gesetzliche Regelung des § 28 b IfSG ist auch nicht erforderlich. Es darf keine Eingriffsoption ersichtlich sein, die den Bürger weniger intensiv belastet und zur Erreichung des verfolgten Zwecks ebenso geeignet ist.

Die Betriebe des Beschwerdeführers haben sich nicht als Infektionsherde herausgestellt. Die arbeitgerseitig angefertigte und umgesetzte Gefährdungsbeurteilung hat sich hierbei als effektiv erwiesen. Wesentlicher Inhalt ist hierbei, dass symptomatische Personen vor Arbeitsantritt eine ärztliche Diagnostik durchführen müssen, damit eine Infektion ausgeschlossen werden kann und der Betrieb bereits entsprechende Schutzmaßnahmen in Eigenverantwortung umgesetzt hat.

Beweis: 1) Vernehmung der Geschäftsführer, zu laden über die Beschwerdeführer
2) Gefährdungsbeurteilungen

Anlage 3

5) Angemessenheit

Ein Eingriff darf nicht zu einem Nachteil führen, der zu dem erstrebten Erfolg erkennbar außer Verhältnis steht. Im Bereich der Berufsausübungsregelungen hat der Gesetzgeber zwar einen erheblichen Beurteilung – und Gestaltungsspielraum¹⁵, jedoch sind Regelungen auch zu korrigieren, wenn sich die Prognosen als unzutreffend herausstellen.¹⁶

Da – wie vorstehend ausgeführt – die 3G-Regelung weder geeignet noch erforderlich ist, entstehen dem Beschwerdeführern ausschließlich Nachteile durch den Eingriff des Gesetzgebers. Da sich offenkundig auch in anderen Bereichen die 3G-Regelung als wirkungslos erwiesen hat, ist die Einführung zum gewählten Zeitpunkt auch nicht nachvollziehbar. Jedenfalls ist hier der Gesetzgeber darlegungs – und beweisbelastet.

a) Personeller und finanzieller Mehraufwand

Die Regelung ist insbesondere unangemessen, da für die Umsetzung des § 28b ISG den Beschwerdeführern ein nicht unerheblicher personellen und finanziellen Mehraufwand abverlangt wird.

Beweis: 1) Vernehmung der Geschäftsführer

¹⁵ BVerfGE 116, 224 ff.

¹⁶ BVerfG 110, 141

2) betriebswirtschaftliche Auswertung als

Anlage 4

Anders als etwa bei der Regelung des § 56 IfSG, bei dem für Ausscheidern, Ansteckungsverdächtiger, Krankheitsverdächtiger oder als sonstiger Träger von Krankheitserregern im Sinne von § 31 Satz 2 eine Entschädigung vorgesehen ist, fehlt diese Kompensationsmöglichkeit für die Beschwerdeführer als Arbeitgeber.

6) 28b Absatz 3 IfSG – 2) Kontroll und Dokumentationsverpflichtung

Der § 28b IfSG sieht eine Kontroll – und Dokumentationspflicht für den Arbeitgeber vor.

„Alle Arbeitgeber sowie die Leitungen der in Absatz 2 Satz 1 genannten Einrichtungen und Unternehmen sind verpflichtet, die Einhaltung der Verpflichtungen nach Absatz 1 Satz 1 und Absatz 2 Satz 1 durch Nachweiskontrollen täglich zu überwachen und regelmäßig zu dokumentieren.“

Da – wie dargelegt – jedoch die 3-G-Regelung als verfassungswidrig zu bewerten ist, besteht auch keine Rechtsgrundlage mehr für diesen Regelungsgehalt.

a) Verstoß gegen Artikel 33 Absatz 4 Grundgesetz

Die Übertragung der staatlichen Überwachungs- Kontrollfunktion verstößt auch gegen Artikel 33 Absatz 4 Grundgesetz, wonach die Ausübung hoheitlicher Befugnisse als ständige Aufgabe Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen ist. Dies begründet unmittelbar für die Beschwerdeführer die Gefahr eines Rechtsverlustes, denn die Grundrechtsfähigkeit einer juristischen Person des (öffentlichen Rechts) könnte vor diesem Hintergrund grundsätzlich dann zu verneinen sein, wenn diese öffentliche Aufgaben wahrnimmt.¹⁷ Gleiches muss gelten, wenn einem privatwirtschaftlichen Unternehmen öffentliche Aufgaben übertragen werden.

7) Verletzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG

Aus dem Zutrittsverbot für Ungeimpfte und somit ggf. notwendigen Preisgabe des Impfstatus würde sich auch zwangsläufig bei Kontrolle und Überwachung des Arbeitgebers eine nicht gerechtfertigte Verletzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG¹⁸ der Arbeitnehmer ergeben, das die Beschwerdeführer jedoch im Rahmen des § 106 GewO zu beachten haben. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist weit gefasst. Es wird nicht unterschieden, ob mehr oder weniger sensible Daten des Einzelnen betroffen sind. Das Bundesverfassungsgericht stellte fest, dass unter den Verarbeitungs- und Verknüpfungsmöglichkeiten der Informationstechnologie auch ein für sich gesehen belangloses Datum einen neuen Stellenwert bekommen könne und es insoweit keine belanglosen Daten gebe.¹⁹

Der Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung kann auch schon deshalb keine Rechtfertigung in vorrangige Interessen der Allgemeinheit finden, da – wie dargestellt - kein sachlicher Grund für eine Ungleichbehandlung vorliegt.

¹⁷ BVerfGE 21, 362, 369 f.

¹⁸ BVerfGE 65, 1

¹⁹ BVerfGE 65, 1

Beschränkungen bedürfen nach Art. 2 Abs. 1 GG einer (verfassungsmäßigen) gesetzlichen Grundlage, aus der sich die Voraussetzungen und der Umfang der Beschränkungen klar und für den Bürger erkennbar ergeben und die damit dem rechtsstaatlichen Gebot der Normenklarheit entspricht²⁰. Bei seinen Regelungen hat der Gesetzgeber ferner den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Dieser mit Verfassungsrang ausgestattete Grundsatz folgt bereits aus dem Wesen der Grundrechte selbst, die als Ausdruck des allgemeinen Freiheitsanspruchs des Bürgers gegenüber dem Staat von der öffentlichen Gewalt jeweils nur soweit beschränkt werden dürfen, als es zum Schutz öffentlicher Interessen unerlässlich ist.²¹

8) Pflicht zur Anbietung von „Home-Office“, § 28 b Absatz 4 IfSG

Aus den vorstehend genannten Gründen ergibt sich auch die Verfassungswidrigkeit der Regelung des § 28 b Absatz 4), da das Direktionsrecht der Beschwerdeführer über den Einsatzort der Arbeitskraft frei bestimmen zu können, rechtswidrig einschränkt wird. Die Möglichkeit im „Home-Office“ zu arbeiten ist grundsätzlich eine Regelung, die individualvertraglich zwischen den Parteien zu regeln und vom Arbeitgeber bzw. dem entsprechendem Personalverantwortlichen zu vereinbaren und festzulegen ist. Eine Eingriffsermächtigung des Gesetzgebers ist – wie dargelegt – verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen.

Karolin Ahrens

Rechtsanwältin

²⁰ BVerfGE 45, 400, 420

²¹ BVerfGE 19, 342, 348