



Ausarbeitung

Ausschluss Ungeimpfter von der Entschädigung nach § 56 IfSG
Einfachgesetzliche und verfassungsrechtliche Beurteilung

Ausschluss Ungeimpfter von der Entschädigung nach § 56 IfSG

Einfachgesetzliche und verfassungsrechtliche Beurteilung

Aktenzeichen: WD 3 - 3000 - 164/21 und WD 9 - 3000 - 081/21
Abschluss der Arbeit: 20. September 2021 (zugleich letzter Aufruf der Internetquellen)
Aktualisierte Fassung vom 23. November 2021 (zu 4.3.)
Fachbereich: WD 3: Verfassung und Verwaltung (2., 4., 5.)
WD 9: Gesundheit, Familie, Senioren, Frauen und Jugend (1., 3.)

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

Inhaltsverzeichnis

1.	Vorbemerkung	4
2.	Anwendungsbereich des § 56 Abs. 1 IfSG	4
3.	Voraussetzung des Entschädigungsausschlusses nach § 56 Abs. 1 S. 4 IfSG	8
3.1.	Öffentliche Empfehlung	8
3.2.	Vermeidbarkeit des Tätigkeitsverbots bzw. der Absonderung	9
3.2.1.	Impfdurchbrüche und Impfstoffeffektivität	9
3.2.2.	Maßstab der Vermeidbarkeit	11
4.	Vereinbarkeit mit Grundrechten	12
4.1.	Berufsfreiheit und Eigentumsgarantie	12
4.2.	Gleichbehandlungsgrundsatz	13
4.3.	Diskriminierungsverbot aufgrund der Religion	16
5.	Weitere rechtliche Zusammenhänge	16

1. Vorbemerkung

§ 56 Abs. 1 Infektionsschutzgesetz¹ (IfSG) enthält mehrere Entschädigungsansprüche, insbesondere den für einen aufgrund einer Absonderung oder eines Tätigkeitsverbotes erlittenen Verdienstausfall. § 56 Abs. 1 S. 4 IfSG enthält demgegenüber einen Ausschlussgrund. Danach erhält keine Entschädigung, wer durch Inanspruchnahme einer Schutzimpfung, die gesetzlich vorgeschrieben ist oder im Bereich des gewöhnlichen Aufenthaltsorts des Betroffenen öffentlich empfohlen wurde, das Tätigkeitsverbot oder die Absonderung hätte vermeiden können. § 56 Abs. 1 S. 4 IfSG entspricht § 56 Abs. 1 S. 3 IfSG in der bis zum 30. März 2021 geltenden Fassung.

Bislang wurde die Ausschlussregelung des § 56 Abs. 1 S. 4 IfSG in den Bundesländern nicht angewendet und auch bei unterbliebener Schutzimpfung gegen Covid-19 eine Entschädigung gezahlt, da nicht flächendeckend ein Impfangebot unterbreitet werden konnte. Da mittlerweile genug Impfstoff zur Verfügung steht und sich grundsätzlich alle Bürger impfen lassen können, wollen einige Bundesländer den Ausschlussgrund des § 56 Abs. 1 S. 4 IfSG nunmehr anwenden und in den einschlägigen Fällen keine Verdienstausfallsentschädigung mehr zahlen.²

Hintergrund der Ausschlussregelung ist der Grundsatz, dass derjenige, der das schädigende Ereignis (Tätigkeitsverbot/Absonderung) in vorwerfbarer Weise verursacht hat, nicht auf Kosten der Allgemeinheit Entschädigung erhalten soll.³ Im Folgenden wird die Frage erörtert, ob der Ausschlussgrund in § 56 Abs. 1 S. 4 IfSG auch bezüglich der Schutzimpfung gegen Covid-19 einschlägig ist. Dabei kommt es im Wesentlichen darauf an, ob und inwiefern ein Tätigkeitsverbot oder eine Absonderung durch die Schutzimpfung gegen Covid-19 hätte vermieden werden können. Daran anschließend wird die Vereinbarkeit des Ausschlusses mit den Grundrechten überprüft.

2. Anwendungsbereich des § 56 Abs. 1 IfSG

Für die Prüfung im Folgenden ist es essentiell, den Anwendungsbereich des § 56 Abs. 1 IfSG genau herauszuarbeiten. § 56 Abs. 1 IfSG lautet insoweit:

„Wer auf Grund dieses Gesetzes **als Ausscheider, Ansteckungsverdächtiger, Krankheitsverdächtiger** oder **als sonstiger Träger von Krankheitserregern** im Sinne von § 31 Satz 2 **Verboten in der Ausübung seiner bisherigen Erwerbstätigkeit** unterliegt oder unterworfen wird und dadurch einen **Verdienstausfall** erleidet, erhält eine Entschädigung in Geld. Das Gleiche gilt für eine Person, die nach § 30, auch in Verbindung mit § 32, **abgesondert** wird oder sich auf Grund einer nach § 36 Absatz 8 Satz 1 Nummer 1 erlassenen Rechtsverordnung absondert.

1 Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen vom 20. Juli 2000 (BGBl. I S. 1045), zuletzt geändert durch Artikel 12 des Gesetzes vom 10. September 2021 (BGBl. I S. 4147).

2 Entschädigungen für Ungeimpfte in Quarantäne eingestellt, Die Zeit vom 10. September 2021, abrufbar unter: https://www.zeit.de/news/2021-09/10/corona-quarantaene-koennte-fuer-ungeimpfte-teuer-werden?utm_referrer=https%3A%2F%2Fwww.bing.com%2F. Siehe auch: Keine Entschädigung für Ungeimpfte bei Quarantäne: BW-Beschluss löst Debatte aus, SWR-Aktuell vom 15. September 2021, abrufbar unter: <https://www.swr.de/swraktuell/baden-wuerttemberg/corona-quarantaene-keine-entschaedigung-bei-verdienstausfall-fuer-ungeimpfte-100.html>.

3 Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit, 13. November 2019, BT-Drs. 19/15164, S. 58 ff.; dazu Gerhardt (Hrsg), Infektionsschutzgesetz, 5. Aufl. 2021, § 56, Rn. 15a.

Eine Entschädigung in Geld kann auch einer Person gewährt werden, wenn diese sich bereits vor der Anordnung einer Absonderung nach § 30 oder eines beruflichen Tätigkeitsverbots nach § 31 **vorsorglich abgesondert** oder vorsorglich bestimmte berufliche Tätigkeiten ganz oder teilweise nicht ausgeübt hat und dadurch einen Verdienstaufschlag erleidet, wenn eine Anordnung einer Absonderung nach § 30 oder eines beruflichen Tätigkeitsverbots nach § 31 bereits zum Zeitpunkt der vorsorglichen Absonderung oder der vorsorglichen Nichtausübung beruflicher Tätigkeiten hätte erlassen werden können. Eine **Entschädigung** nach den Sätzen 1 und 2 **erhält nicht, wer durch Inanspruchnahme einer Schutzimpfung** oder anderen Maßnahme der spezifischen Prophylaxe, die gesetzlich vorgeschrieben ist oder im Bereich des gewöhnlichen Aufenthaltsorts des Betroffenen **öffentlich empfohlen wurde**, oder durch Nichtantritt einer vermeidbaren Reise in ein bereits zum Zeitpunkt der Abreise eingestuftes Risikogebiet ein **Verbot in der Ausübung seiner bisherigen Tätigkeit oder eine Absonderung hätte vermeiden können**. (...)“⁴

Daraus folgt, dass nur solche Personen anspruchsberechtigt sind, die i.S.d. § 30 i.V.m. einer Verordnung nach § 32 IfSG **abgesondert** werden. Dies ist der Fall, wenn Personen nachweislich mit dem Corona-Virus infiziert sind, bzw. Kontakt mit einer infizierten Person hatten.⁵ Für **Geimpfte und Genesene** besteht allerdings keine **Absonderungspflicht** im Falle des Kontaktes mit einer infizierten Person, solange diese keine Symptome entwickeln, § 10 Abs. 1 COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung (SchAusnahmV).⁶ Ausnahmen von dieser Regelung bestehen nach § 10 Abs. 2 SchAusnahmV nur dann, wenn der Kontakt zu einer Person, die mit einer in Deutschland noch nicht verbreitet auftretenden Virusvariante des Coronavirus SARS-CoV-2 mit vom Robert Koch-Institut (RKI) definierten besorgniserregenden Eigenschaften infiziert ist, oder aufgrund der Einreise aus einem Virusvarianten-Gebiet im Sinne von § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 der Coronavirus-Einreiseverordnung. Insofern ist mit der derzeit in Deutschland absolut vorherrschenden Delta-Variante⁷ davon auszugehen, dass sich Geimpfte und Genesene zumeist nicht absondern müssen.

Weitere Voraussetzung für den Entschädigungsanspruch nach § 56 Abs. 1 S. 1 IfSG ist, dass es zu einem **Verdienstaufschlag** aufgrund der Absonderung kommt. Dieser tritt nur ein, soweit nicht andere Ansprüche auf den Verdienst entstehen, insbesondere gegen den Arbeitgeber.⁸ Diese können vor

4 Hervorhebungen nur hier.

5 Vgl. exemplarisch für Berlin: § 7 Dritte SARS-CoV-2-Infektionsschutzmaßnahmenverordnung vom 31. August 2021.

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

7 Vgl. Robert Koch-Institut, Wöchentlicher Lagebericht des RKI zur Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) vom 9. September 2021, 3, abrufbar unter: [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Wochenbericht/Wochenbericht_2021-09-09.pdf? blob=publicationFile](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Wochenbericht/Wochenbericht_2021-09-09.pdf?blob=publicationFile).

8 ArbG Aachen, Urt. v. 11.3.2021 – 1 Ca 3196/20; Noack, Entgeltfortzahlung und Entschädigung – Entgeltisiko und Durchsetzbarkeit des Anspruchs aus § 56 IfSG, NZA 2021, 251, 252; Hohenstatt/Krois, Lohnrisiko und Entgeltfortzahlung während der Corona-Pandemie, NZA 2020, 413, 416.

allem aufgrund von § 3 Abs. 1 Entgeltfortzahlungsgesetz (EntgFZG)⁹ oder § 616 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) entstehen.¹⁰

§ 3 Abs. 1 S. 1 EntgFZG regelt, dass ein Arbeitnehmer, der durch Arbeitsunfähigkeit infolge von Krankheit an seiner Arbeitsleistung gehindert ist, ohne dass ihn ein Verschulden trifft, einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung durch den Arbeitgeber hat. Personen, die tatsächlich an der durch das Corona-Virus ausgelösten Krankheit Covid-19 erkrankt sind sowie solche die nachweislich (nur) mit dem Virus infiziert sind, aber keine Symptome haben, gelten als krank i.S.d. § 3 Abs. 1 EntgFZG.¹¹ Nach in der Literatur mehrfach vertretener Auffassung sind sie auch arbeitsunfähig im Sinne der Norm, denn selbst bei einem asymptomatischen Verlauf ist es dem Arbeitnehmer nicht zumutbar, seinen Arbeitsplatz aufzusuchen und damit andere Personen zu gefährden.¹² Hinzuweisen ist darauf, dass § 3 Abs. 1 S. 1 EntgFZG eine Einschränkung des Anspruchs bei Verschulden für die Arbeitsunfähigkeit vornimmt. Es wird vertreten, dass darunter aufgrund der parallelen Wertung zu § 56 Abs. 1 S. 4 IfSG eine unterlassene Schutzimpfung fällt.¹³ Ob der Arbeitgeber sich auf diesen Ausschlussgrund jedoch beruft bzw. Arbeitsgerichte diese Auslegung bestätigen, kann an dieser Stelle nicht vorweggenommen werden. Ob insofern ein Verschulden vorliegt, ist eine Frage des Einzelfalls und hängt von der jeweiligen Schutzwirkung der Impfung ab.¹⁴ Im Ergebnis muss es hier zunächst offen bleiben. Soweit nur ein Verdacht der Infektion mit dem Corona-Virus besteht, greift der Anspruch nach § 3 EntgFZG nicht.¹⁵

§ 616 S. 1 BGB regelt, dass der zur Dienstleistung Verpflichtete den Vergütungsanspruch nicht dadurch verliert, dass er für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird. Insofern ist zu fragen, ob eine Quarantäne hier einen verhältnismäßig nicht erheblichen Zeitraum umfasst. Dies

-
- 9 Entgeltfortzahlungsgesetz vom 26. Mai 1994 (BGBl. I S. 1014, 1065), zuletzt geändert durch Artikel 9 des Gesetzes vom 22. November 2019 (BGBl. I S. 1746).
- 10 Noack, Entgeltfortzahlung und Entschädigung – Entgeltrisiko und Durchsetzbarkeit des Anspruchs aus § 56 IfSG, NZA 2021, 251, 252.
- 11 Noack, Entgeltfortzahlung und Entschädigung – Entgeltrisiko und Durchsetzbarkeit des Anspruchs aus § 56 IfSG, NZA 2021, 251, 252.
- 12 Reinhard, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 21. Aufl. 2021, § 3 EntgFZG, Rn. 10; auch: Müller-Glög, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 3 EntgFZG, Rn. 6; Noack, Entgeltfortzahlung und Entschädigung – Entgeltrisiko und Durchsetzbarkeit des Anspruchs aus § 56 IfSG, NZA 2021, 251, 252. A.A. Koch, in: Schaub/Koch (Hrsg.), Arbeitsrecht von A-Z, 25. Aufl. 2021, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall; Preis/Mazurek/Schmid, Rechtsfragen der Entgeltfortzahlung in der Pandemie, NZA 2020, 1137, 1139.
- 13 Krainbring, Entgeltfortzahlung bei Corona-Infektion nach verweigerter Schutzimpfung, NZA 2021, 247, 249.
- 14 Ricken, in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Meßling/Udsching (Hrsg.), BeckOK Arbeitsrecht, 60. Edition, Stand: 1. Juni 2021, § 3 EntgFZG, Rn. 37; Krainbring, Entgeltfortzahlung bei Corona-Infektion nach verweigerter Schutzimpfung, NZA 2021, 247, 249.
- 15 Glaser, in: Moll (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2021, § 24, Rn. 225; Meßling, in: Schlegel/Meßling/Bockholdt (Hrsg.), COVID-19 - Corona-Gesetzgebung - Gesundheit und Soziales, 2020, § 19, Rn. 8.

ist eine Frage des konkreten Einzelfalls. Bei einer Überschreitung von fünf Tagen wird in Rechtsprechung und Literatur jedoch regelmäßig von einer Erheblichkeit ausgegangen.¹⁶ Eine Absonderung dauert nach den jeweils geltenden Vorgaben der Länder in der Regel zwischen zehn und 14 Tagen.¹⁷ Insofern dürfte es sich regelmäßig um einen erheblichen Zeitraum i.S.d. § 616 BGB handeln, sodass kein Vergütungsanspruch besteht.¹⁸ Darüber hinaus ist die Anwendung des § 616 BGB in Arbeits- oder Tarifverträgen regelmäßig abbedungen und findet auch so keine Anwendung.¹⁹ Ein Anspruch, der der Entschädigung nach § 56 Abs. 1 S. 1 IfSG vorgehen könnte, dürfte aus § 616 BGB also zumeist nicht bestehen.

Zu beachten ist darüber hinaus auch, dass es bestimmte **Personengruppen** gibt, etwa solche mit bestimmten Vorerkrankungen oder bislang auch Schwangere, für die **keine Impfung empfohlen** wird. Für diese Gruppen ist festzustellen, dass bereits die Tatbestandsvoraussetzung der Vermeidbarkeit der Quarantäne i.S.d. § 56 Abs. 1 IfSG nicht gegeben ist.²⁰ Diese Personen erhalten weiterhin eine Entschädigung.²¹ In der Literatur angemerkt wurde auch, dass der Ausschlussgrund einer empfohlenen und verfügbaren Schutzimpfung aus Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten so auszulegen ist, dass Personen, die aufgrund eines **längeren Auslandsaufenthalts** bisher das Impfangebot nicht

-
- 16 Baumgärtner, in: Hau/Poseck (Hrsg.), BeckOK BGB, 59. Edition, Stand: 1. Mai 2021, Rn. 7; Hohenstatt/Krois, Lohnrisiko und Entgeltfortzahlung während der Corona-Pandemie, NZA 2020, 413, 415; Noack, Entgeltfortzahlung und Entschädigung – Entgeltrisiko und Durchsetzbarkeit des Anspruchs aus § 56 IfSG, NZA 2021, 251, 253; VG Koblenz, Urt. v. 10. Mai 2021 – 3 K 108/21.KO, Rn. 25 ff. beurteilt auch sechs Tage als nicht erheblich.
- 17 Vgl. beispielhaft für Baden-Württemberg: § 3 Abs. 3 und Abs. 4, § 4 Abs. 3 und Abs. 4 Verordnung des Sozialministeriums zur Absonderung von mit dem Virus SARS-CoV-2 infizierten oder krankheitsverdächtigen Personen und deren haushaltsangehörigen Personen (Corona-Verordnung Absonderung – CoronaVO Absonderung) vom 10. Januar 2021, in der ab 14. September 2021 geltenden Fassung.
- 18 So auch Preis/Mazurek/Schmid, Rechtsfragen der Entgeltfortzahlung in der Pandemie, NZA 2020, 1137, 1140 f.; Noack, Entgeltfortzahlung und Entschädigung – Entgeltrisiko und Durchsetzbarkeit des Anspruchs aus § 56 IfSG, NZA 2021, 251, 253; Hohenstatt/Krois, Lohnrisiko und Entgeltfortzahlung während der Corona-Pandemie, NZA 2020, 413, 415.
- 19 Hohenstatt/Krois, Lohnrisiko und Entgeltfortzahlung während der Corona-Pandemie, NZA 2020, 413, 415; Noack, Entgeltfortzahlung und Entschädigung – Entgeltrisiko und Durchsetzbarkeit des Anspruchs aus § 56 IfSG, NZA 2021, 251, 253; Preis/Mazurek/Schmid, Rechtsfragen der Entgeltfortzahlung in der Pandemie, NZA 2020, 1137, 1141.
- 20 Vgl. auch: LTO, Verdienstausschluss bei Quarantäne in NRW, Keine Entschädigung für Ungeimpfte, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/nrw-quarantaene-entschaedigung-eingestellt-kein-lohn-lohnfortzahlung-corona/>.
- 21 Vgl. Krainbring, Entgeltfortzahlung bei Corona-Infektion nach verweigerter Schutzimpfung, NZA 2021, 247, 250; auch: Gesetzesbegründung, BT-Drs. 19/15164, S. 58.

wahrnehmen konnten, ebenfalls für eine gewisse Übergangsfrist nicht von der Entschädigung ausgeschlossen werden.²² Dies entsprechend zu berücksichtigen, hat beispielsweise das Gesundheitsministerium in NRW bereits angekündigt.²³

Im **Ergebnis** ist der **Anwendungsbereich** des § 56 Abs. 1 IfSG also recht **eng**. **Geimpfte** und **Gene-sene** fallen nur darunter, wenn sie aus einem Virusvariantengebiet einreisen oder Kontakt zu einer mit einer neuen **Virusvariante** infizierten Person hatten. **Unfreiwillig Nichtimmunisierte** erhalten ebenfalls bei vorsorglicher Absonderung eine Entschädigung nach § 56 Abs. 1 IfSG. Hinsichtlich **freiwillig Nichtimmunisierten** könnte wohlmöglich eine einheitliche Wertung des Ausschlussgrundes nach § 56 Abs. 1 S. 4 IfSG und eines Verschuldens nach § 616 S. 1 BGB und § 3 Abs. 1 EntgFZG angenommen werden, sodass dann ggf. auch kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung in der Quarantäne gegeben wäre (siehe dazu Punkt 3).

3. Voraussetzung des Entschädigungsausschlusses nach § 56 Abs. 1 S. 4 IfSG

3.1. Öffentliche Empfehlung

Voraussetzung für den Ausschlussgrund in § 56 Abs. 1 S. 4 IfSG ist zunächst, dass die **Schutzimpfung** gesetzlich vorgeschrieben ist oder im Bereich des gewöhnlichen Aufenthaltsorts des Betroffenen **öffentlich empfohlen** wurde. Gesetzlich vorgeschrieben ist die Schutzimpfung gegen Covid-19 nicht.

Gemäß § 20 Abs. 2 S. 3 IfSG gibt die Ständige Impfkommission (STIKO) Empfehlungen zur Durchführung von Schutzimpfungen. Die Empfehlungen der STIKO werden gemäß § 20 Abs. 2 S. 7 IfSG vom RKI den obersten Landesgesundheitsbehörden übermittelt und anschließend veröffentlicht. Auf Grundlage der jeweiligen Empfehlungen der STIKO sollen gemäß § 20 Abs. 3 IfSG die obersten Landesgesundheitsbehörden öffentliche Empfehlungen für Schutzimpfungen aussprechen. Die STIKO empfiehlt die Covid-19-Impfung grundsätzlich für Personen ab 12 Jahren.²⁴ Dieser Empfehlung sind die Landesgesundheitsbehörden ohne ersichtliche Ausnahme gefolgt.²⁵

22 Pestalozza, in: Klöckner/Neuerer, Keine Entschädigung mehr für Ungeimpfte, Handelsblatt vom 15. September 2021, S. 6.

23 Vgl. Klöckner/Neuerer, Keine Entschädigung mehr für Ungeimpfte, Handelsblatt vom 15. September 2021, S. 6.

24 Robert Koch-Institut, Epidemiologisches Bulletin 33/2021, 19. August 2021, abrufbar unter: https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Archiv/2021/Ausgaben/33_21.pdf?blob=publicationFile.

25 Siehe beispielsweise Bayern, Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums für Umwelt und Gesundheit vom 24. September 2013, Az. L1d-G8360.82-2013/1-5 (AllMBl. S. 425); Niedersachsen, Niedersächsisches Gesundheitsamt, Schutzimpfungen, abrufbar unter: https://www.nlga.niedersachsen.de/startseite/infektions-schutz/schutzimpfungen_impfen_klar/schutzimpfungen-19383.html und das Saarland, Ministerium für Soziales, Gesundheit, Frauen und Familie, Medieninfo vom 10. Juni 2021, abrufbar unter: https://www.saarland.de/msgff/DE/aktuelles/aktuelle-meldungen/aktuelle-meldungen_2021/aktuelle-meldungen_2021-06/aktuelle-meldungen_20210610_Impfung_Kinder.html?nn=9156f5ba-9cae-40b4-ab7b-4a8032da3c71.

3.2. Vermeidbarkeit des Tätigkeitsverbots bzw. der Absonderung

Als weitere Voraussetzung hätte die Covid-19-Schutzimpfung das Tätigkeitsverbot oder die Absonderung **vermeiden** können müssen. Die bloße ungenutzte Möglichkeit zur Impfung soll noch nicht zum Anspruchsausschluss führen.²⁶

In einem Dokument des Bundesministeriums für Gesundheit (BMG) vom 25. Juni 2021 heißt es zu der Frage der Vermeidbarkeit wie folgt: *„Inwieweit der Anspruchsausschluss auch bei der Schutzimpfung gegen COVID-19 eingreifen kann, ist noch nicht abschließend geklärt. Grundsätzlich dürfte ein Anspruchsausschluss jedenfalls dann in Betracht kommen, wenn eine Schutzimpfung gegen COVID-19 im konkreten Fall möglich sowie zumutbar war und den Betroffenen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit vor einer Absonderungsanordnung bzw. einem Tätigkeitsverbot bewahrt hätte. Dabei ist zu beachten, dass auch geimpfte Personen nach wie vor Adressat einer Absonderung werden können (z.B. bei Auftritt typischer Symptome, Reinfektion oder in besonders gelagerten Einzelfällen). Erfolgt die Absonderung wegen einer nachgewiesenen SARS-CoV-2-Infektion, kann nach gegenwärtigem Kenntnisstand nicht angenommen werden, dass eine Impfung die Infektion verhindert hätte.“*²⁷

Eine Schutzimpfung gegen Covid-19 würde rechtlich jedenfalls in dem konkreten Einzelfall, dass eine ungeimpfte Person als Kontaktperson einer mit Sars-CoV-2-infizierten Person betroffen ist, ohne selbst infiziert zu sein, den Betroffenen vor einer Absonderung bzw. einem Tätigkeitsverbot bewahren, da eine geimpfte Person in diesem Fall nicht in Quarantäne müsste.²⁸

Unabhängig davon soll im Folgenden auftragsgemäß erörtert werden, ob auch in dem Fall, dass die Absonderung oder das Tätigkeitsverbot wegen einer nachgewiesenen SARS-CoV-2-Infektion erfolgt, dies durch eine Covid-19-Impfung i.S.d. § 56 Abs. 1 S. 4 IfSG hätte vermieden werden können.

3.2.1. Impfdurchbrüche und Impfstoffeffektivität

Im Falle einer nachweislichen Infektion mit dem Coronavirus kann auch eine geimpfte Person Adressat einer Absonderung werden.²⁹ Wie alle medizinischen Maßnahmen sind auch Impfungen nicht zu 100 Prozent wirksam.³⁰ So kann es auch bei der Covid-19-Impfung zu sogenannten **Impf-**

26 Bachmann/Rung, in: Kluckert (Hrsg.), Das neue Infektionsschutzrecht, 2. Aufl. 2021, § 15, Rn. 33.

27 BMG, Ansprüche auf Ersatz des Verdienstausfalls für Arbeitnehmer und Selbständige, Fragen und Antworten zu den Entschädigungsansprüchen nach § 56 des Infektionsschutzgesetzes (IfSG), 25. Juni 2021, abrufbar unter: https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/C/Coronavirus/FAQs_zu_56_IfSG_BMG.pdf.

28 Vgl. § 10 Abs. 1 COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmeverordnung (SchAusnahmV).

29 BMG, Aktuelle Informationen zur COVID-19-Impfung, abrufbar unter: <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/coronavirus/faq-covid-19-impfung.html>.

30 Robert Koch-Institut, Antworten auf häufig gestellte Fragen zur Schutzimpfung gegen Masern, Masernimpfung: Wirksamkeit, Sicherheit und Kontraindikationen, Stand: 4. Juni 2020, abrufbar unter: https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/Impfen/MMR/FAQ_Uebersicht_MSG.html.

durchbrüchen kommen. Ein Impfdurchbruch liegt vor, wenn bei einer vollständig geimpften Person eine PCR-bestätigte SARS-CoV-2 Infektion mit Symptomatik, beispielsweise Halsschmerzen und Kopfschmerzen, festgestellt wird. Davon abzugrenzen sind asymptomatische Verläufe unter vollständig Geimpften, das heißt die Personen sind PCR-positiv, zeigen aber keinerlei Symptome. Diese gelten nicht als Impfdurchbrüche. Mit steigender Impfquote befinden sich unter den Erkrankten auch anteilmäßig immer mehr Geimpfte.³¹

Seit Beginn der COVID-19-Impfkampagne führt das RKI ein kontinuierliches Monitoring von Impfdurchbrüchen durch, die aus den nach dem IfSG übermittelten Meldedaten identifiziert werden.³² Die Impfdurchbrüche werden wöchentlich im ausführlichen Situationsbericht des RKI veröffentlicht.³³ Bislang wurden insgesamt 30.880 wahrscheinliche Impfdurchbrüche³⁴ identifiziert. Durch einen Vergleich des Anteils vollständig Geimpfter unter den COVID-19-Fällen mit dem Anteil vollständig Geimpfter in der Bevölkerung ist es möglich, die Wirksamkeit der Impfung grob abzuschätzen (sog. Screening-Methode). Die nach dieser Methode geschätzte **Impfeffektivität** liegt für den Gesamtbeobachtungszeitraum zwischen der fünften und der 35. Kalenderwoche für die Altersgruppe 18-59 Jahre bei **ca. 87 Prozent** und für die Altersgruppe ab 60 Jahren bei **ca. 86 Prozent**. Die Impfeffektivität für die Altersgruppe 12-17 Jahre wird derzeit noch nicht angegeben. Aufgrund der in dieser Altersgruppe noch sehr niedrigen Impfquote besteht hier ein erhöhtes Verzerrungsrisiko.³⁵

Dem RKI zufolge böten die COVID-19-mRNA-Impfstoffe Comirnaty (BioNTech/Pfizer) und Spikevax (Moderna) nach derzeitigem Kenntnisstand eine **Wirksamkeit** von etwa **95 Prozent**. Das heißt, die Wahrscheinlichkeit, an COVID-19 zu erkranken, sei bei den vollständig gegen COVID-19 geimpften Personen um etwa 95 Prozent geringer als bei den nicht geimpften Personen. Der Vektor-basierte Impfstoff COVID-19 Vaccine Janssen von Janssen-Cilag International habe nach derzeitigem Kenntnisstand nach der empfohlenen einmaligen Impfdosis eine Wirksamkeit von etwa **65 Prozent**, der Vektor-basierte Impfstoff Vaxzevria von AstraZeneca, unter Einhaltung des empfohlenen Abstands von zwölf Wochen zwischen beiden Impfungen eine Wirksamkeit von bis zu **80 Prozent**.³⁶ Die Wirksamkeit einer Impfung nach einem sogenannten heterologem Impfschema (Erstimpfung mit

31 Robert Koch-Institut, Infektionsschutz, Impfen, Wirksamkeit, Stand: 2. September 2021, abrufbar unter: https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/COVID-Impfen/FAQ_Liste_Wirksamkeit.html.

32 Robert Koch-Institut, Wöchentlicher Lagebericht des RKI zur Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19), 9. September 2021, S. 18, abrufbar unter: https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Wochenbericht/Wochenbericht_2021-09-09.pdf?blob=publicationFile.

33 Robert Koch-Institut, Infektionsschutz, Impfen, Wirksamkeit, Stand: 2. September 2021, abrufbar unter: https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/COVID-Impfen/FAQ_Liste_Wirksamkeit.html.

34 Vgl. Robert Koch-Institut, Wöchentlicher Lagebericht des RKI zur Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19), 9. September 2021, S. 18, abrufbar unter: https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Wochenbericht/Wochenbericht_2021-09-09.pdf?blob=publicationFile.

35 Vgl. Robert Koch-Institut, Wöchentlicher Lagebericht des RKI zur Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19), 9. September 2021, S. 19 f., abrufbar unter: https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Wochenbericht/Wochenbericht_2021-09-09.pdf?blob=publicationFile.

36 Robert Koch-Institut, COVID-19 und Impfen: Antworten auf häufig gestellte Fragen (FAQ), Stand: 9. September 2021, abrufbar unter: <https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/COVID-Impfen/gesamt.html>.

Vaxzevria von AstraZeneca, Zweitimpfung mit einem mRNA-Impfstoff) wird zudem deutlich besser eingeschätzt als die Wirksamkeit einer homologen Vaxzevria-Impfserie (zwei Impfdosen mit Vaxzevria von AstraZeneca).³⁷

3.2.2. Maßstab der Vermeidbarkeit

Da alle vorhandenen Covid-19-Impfstoffe keine 100-prozentige Wirksamkeit aufweisen, kann auch für den konkreten Fall, dass die Absonderung oder das Tätigkeitsverbot eine ungeimpfte, nachweislich mit SARS-CoV-2 infizierte Person betrifft, nicht davon ausgegangen werden, dass eine Covid-19-Schutzimpfung die Absonderung oder das Tätigkeitsverbot mit absoluter Sicherheit vermeiden hätte. Da Impfungen jedoch nie zu 100 Prozent wirksam sind, kann dies nicht der Maßstab des § 56 Abs. 1 S. 4 IfSG sein. Der Wortlaut der Norm lautet schlichtweg „*hätte vermeiden können*“. Die Gesetzesmaterialien enthalten keine ersichtlichen Ausführungen zum Maßstab des **Vermeidbarkeitskriteriums**. Dem BMG zufolge dürfte jedenfalls eine „**mit an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit**“ genügen. In Teilen der juristischen Literatur heißt es, eine **mit an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit** könne kaum angesetzt werden, da Impfungen eine solche Sicherheit regelmäßig nicht erreichen könnten. Verlangt sei aber zumindest eine „*hohe Wahrscheinlichkeit*“, wobei die Rechtsprechung eine nähere Konkretisierung im Einzelfall vornehmen müsse.³⁸

Eingeführt wurde der Ausschlussgrund im Rahmen des Masernschutzgesetzes.³⁹ In Anbetracht der Entstehungsgeschichte des § 56 Abs. 1 S. 4 IfSG ist davon auszugehen, dass jedenfalls die Wirksamkeit der Masernschutzimpfung ausreicht, um die Vermeidbarkeit im Sinne der Norm und somit den Ausschluss der Entschädigungsansprüche nach § 56 Abs. 1 IfSG zu bejahen.⁴⁰ Die Wirksamkeit der zweifachen Impfung gegen Masern liegt in Deutschland bei 98 bis 99 Prozent. Unter den pro Jahr gemeldeten Masern-Fällen waren durchschnittlich zwei Prozent zweimal Geimpfte. Bereits nach einmaliger Impfung gegen Masern sind 92 Prozent der Geimpften vor einer Masernerkrankung geschützt. Die Wirksamkeit einer einmaligen Impfung zur Verhinderung von sekundären Erkrankungsfällen unter Haushaltskontakten beträgt ebenfalls 92 Prozent.⁴¹ Die Beurteilung, ob die Wirksamkeit der Covid-19-Impfstoffe den Anforderungen an die Vermeidbarkeit im Sinne des § 56 Abs. 1 S. 4 IfSG genügt, bleibt insbesondere der Rechtsprechung vorbehalten.

37 BMG, Zusammen gegen Corona, Corona Schutzimpfung, Impfstoffe, Wirksamkeit und Sicherheit, abrufbar unter: <https://www.zusammengegencorona.de/impfen/impfstoffe/wirksamkeit-und-sicherheit/#id-7b2708bd-d11b-5d51-801e-defc5d81745a>.

38 Bachmann/Rung, in: Kluckert (Hrsg.), Das neue Infektionsschutzrecht, 2. Aufl. 2021, § 15, Rn. 33.

39 Gesetz für den Schutz vor Masern und zur Stärkung der Impfprävention (Masernschutzgesetz) vom 10. Februar 2020 (BGBl. I S. 148).

40 Vgl. dazu Kraibring, Entgeltfortzahlung bei Corona-Infektion nach verweigerter Schutzimpfung, NZA 2021, 247-251.

41 Robert Koch-Institut, Antworten auf häufig gestellte Fragen zur Schutzimpfung gegen Masern, Masernimpfung: Wirksamkeit, Sicherheit und Kontraindikationen, Stand: 4. Juni 2020, abrufbar unter: https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/Impfen/MMR/FAQ_Uebersicht_MSG.html; Robert Koch-Institut, Epidemiologisches Bulletin 2/2020, S. 10, 9. Januar 2020, abrufbar unter: https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/Epi-dBull/Archiv/2020/Ausgaben/02_20.pdf?blob=publicationFile.

4. Vereinbarkeit mit Grundrechten

Der mögliche Wegfall der Entschädigung nach § 56 Abs. 1 IfSG für Ungeimpfte wirft mehrere verfassungsrechtliche Fragen auf. Daher wird im Folgenden die Vereinbarkeit mit Grundrechten geprüft.

4.1. Berufsfreiheit und Eigentumsgarantie

Die Schutzbereiche der Eigentumsgarantie aus Art. 14 Abs. 1 Grundgesetz (GG) und der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG sind nicht eröffnet.

Der **Eigentumsschutz** umfasst grundsätzlich alle vermögenswerten Rechte, die dem Berechtigten von der Rechtsordnung in der Weise zugeordnet sind, dass er die damit verbundenen Befugnisse nach eigenverantwortlicher Entscheidung zu seinem privaten Nutzen ausüben darf. Damit schützt die Eigentumsgarantie auch schuldrechtliche Forderungen.⁴² Allerdings erstreckt sich die Eigentumsgarantie nur auf diejenigen Rechtspositionen, die einem Rechtssubjekt bereits zustehen. Der Schutz von in der Zukunft liegenden **Chancen und Erwerbsmöglichkeiten** ist davon gerade nicht umfasst. Daraus folgt zugleich die grundsätzliche Abgrenzung zu der Berufsfreiheit: Art. 14 Abs. 1 GG schützt das Erworbenene, also das Ergebnis der Betätigung und Art. 12 Abs. 1 GG hingegen den Erwerb, folglich die Betätigung als solche.⁴³

Die **Berufsfreiheit** schützt sowohl die Berufswahl als auch die Berufsausübung. Von der Berufsfreiheit ist das Recht – unter anderem des Arbeitnehmers – umfasst, das Entgelt für berufliche Leistungen, also die Vergütung, frei auszuhandeln. Geschützt wird damit die Vertragsfreiheit im beruflichen Kontext.⁴⁴ Art. 12 Abs. 1 GG schützt darüber hinaus aber nicht die **Vergütung** als solche, sondern alleine die Erwerbsmöglichkeit durch Tätigkeit. Damit berührt die Regelung, die im Falle einer Absonderungspflicht für ungeimpfte Personen keine Entschädigung vorsieht, nicht die Berufsfreiheit.

Zu berücksichtigen ist aber, dass neben Tätigkeitsverboten auch die **Anordnung einer Absonderung** (Quarantäne) nach § 30 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 32 IfSG das Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG berührt.⁴⁵ Sie sind demnach nur zulässig, wenn sie verhältnismäßig sind. Unter Umständen kann es zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit erforderlich sein, dass den Betroffenen eine

42 BVerfG, Beschl. v. 7. Dezember 2004 – 1 BvR 1804/03, Rn. 46/47.

43 BVerfG, Beschl. v. 16. März 1971 – 1 BvR 52/66, Rn. 111.

44 BVerfG, Beschl. v. 23. Oktober 2013 – 1 BvR 1842/11, Rn. 66 f.

45 Johann/Gabriel, in: Eckart/Winkelmüller (Hrsg.), BeckOK Infektionsschutzrecht, 6. Edition Stand 1. Juli 2021, § 30 IfSG, Rn. 2; Kraayvanger/Schrader, Erstattungsanspruch des Arbeitgebers nach § 56 V 2 IfSG bei COVID-19?, NZA-RR 2020, 623, 625.

Entschädigung gewährt wird.⁴⁶ Die **Verfassungsmäßigkeit der Quarantänemaßnahme** als solche⁴⁷ ist nicht Gegenstand dieser Begutachtung.

4.2. Gleichbehandlungsgrundsatz

Die Entschädigung nach § 56 Abs. 1 IfSG könnte in Zukunft im Wesentlichen nur noch Personen zustehen, die aufgrund einer fehlenden Impfpflicht nicht geimpft wurden bzw. geimpften Personen, die mit Infizierten von neuen Virusvarianten in Kontakt gekommen sind. Den freiwillig Ungeimpften und nicht bereits Genesenen könnte diese Entschädigung nach der hier zu prüfenden Rechtsanwendung dann nicht mehr zustehen. Insofern fände im Wesentlichen eine **Ungleichbehandlung in der Gruppe der Nichtimmunisierten** statt.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist das Gleichheitsgebot dann verletzt, wenn eine Ungleichbehandlung vorliegt, obwohl zwischen beiden Gruppen von Normadressaten keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung **rechtfertigen** könnten.⁴⁸ Es muss mithin ein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung vorliegen, der in einem **angemessenen Verhältnis** zu der Ungleichbehandlung steht.⁴⁹

Der **sachliche Grund** für den Ausschluss Nichtimmunisierter aus der Entschädigung ist – ausweislich der Gesetzesbegründung –, durch das finanzielle Risiko die Impfbereitschaft zu steigern⁵⁰ und damit wiederum dem **Infektionsschutz** für alle zu dienen. Nach § 56 Abs. 1 IfSG übernimmt die Allgemeinheit das Risiko, dass eine Person aufgrund einer Absonderung zum Infektionsschutz der Gesellschaft in dieser Zeit ihren Lebensunterhalt nicht selbst erwirtschaften kann.⁵¹ Die Entschädigung stellt eine soziale Absicherung dar.⁵² In der Literatur wird insoweit vertreten, dass sie im Interesse der Allgemeinheit liegt.⁵³ Der Entschädigungsanspruch kann insoweit auch im Lichte des Sozialstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 1 GG) betrachtet werden. Die hier zu betrachtenden Ungeimpften haben sich freiwillig dafür entschieden, unterliegen also keinen äußeren Zwängen. Im

46 BVerfG, Beschl. v. 29. April 1981 – 1 BvL 11/78, Rn. 28.

47 Vgl. dazu Stach, Die häusliche Quarantäne nach Ein- oder Rückreise aus dem Ausland, NJW 2021, 10; wobei zu berücksichtigen ist, dass die Quarantäne der Reiserückkehrer ebenfalls auf § 30 Abs. 1 S. 2 iVm § 32 IfSG beruht und die Erwägungen zu großen Teilen auf die anderen Fälle der Absonderung übertragbar sind.

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

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

50 Vgl. Gesetzesbegründung, BT-Drs. 19/13452, S. 50.

51 Noack, Entgeltfortzahlung und Entschädigung – Entgeltrisiko und Durchsetzbarkeit des Anspruchs aus § 56 IfSG, NZA 2021, 251, 252.

52 Vgl. BT-Drs. 3/1888, S. 27 nach der die Vorgängerregelung den Zweck der „Sicherung der von einem Berufsverbot Betroffenen vor materieller Not“ hatte; siehe auch: Kraayvanger/Schrader, Erstattungsanspruch des Arbeitgebers nach § 56 V 2 IfSG bei COVID-19?, NZA-RR 2020, 623, 625.

53 Kraayvanger/Schrader, Erstattungsanspruch des Arbeitgebers nach § 56 V 2 IfSG bei COVID-19?, NZA-RR 2020, 623, 625.

Gegensatz zu den freiwillig nicht Geimpften besteht für die Personen ohne Impfpflicht keine Möglichkeit sich in vergleichbarem Maße zu schützen.

Zudem muss die Maßnahme auch erforderlich sein. Nach dem **Gebot der Erforderlichkeit** hat der Staat „aus den zur Erreichung des Zweckes gleich gut geeigneten Mitteln das mildeste, also die geschützte Rechtsposition am wenigsten beeinträchtigende Mittel“⁵⁴ zu wählen. Bislang hat der Staat viele Maßnahmen unternommen, um die Impfbereitschaft zu fördern. Es wurden mehrere Informationskampagnen in unterschiedlichen Sprachen vorgenommen; Prominente haben als Vorbilder für die Impfung geworben; durch den Wegfall eines Terminerfordernisses und das Impfen an vielen Orten, an denen sich Menschen im Alltag aufhalten – wie Schulen oder Einkaufszentren –, ist die Zugangshürde für die Impfung sehr reduziert worden. Auch wurden bereits Impfanreize durch Geschenke wie etwa eine Gratis-Mahlzeit gesetzt.⁵⁵ Auch die zunehmenden Einschränkungen für Nichtimmunisierte durch Testpflichten bzw. Ausschluss bei Anwendung der 2G-Regelung führen zu einer weiteren Impfmotivation. Jedoch haben diese Maßnahmen bislang nicht bewirkt, dass sich die für eine **Herdenimmunität** erforderliche Zahl an Menschen impfen ließ. Um die Pandemie zu kontrollieren, erfordere dies, dass 85 Prozent der 12 bis 59-Jährigen bzw. 90 Prozent der über 60-Jährigen vollständig gegen COVID-19 geimpft sind.⁵⁶ Aktuell (Mitte September 2021) sind 68 Prozent der 12 bis 59-Jährigen und knapp 84 Prozent der über 60-Jährigen vollständig geimpft.⁵⁷ Insofern sind weitere Maßnahmen zur Erreichung einer ausreichenden Impfquote erforderlich, wie zum Beispiel der Wegfall der Entschädigung nach § 56 Abs. 1 IfSG. Hinzu kommt, dass die Personengruppe, für die keine Impfpflicht vorliegt, nicht zu der Erhöhung der Impfquote beitragen kann. Vor diesem Hintergrund spricht viel dafür, dass eine Differenzierung bei der Absicherung der finanziellen Folgen einer Quarantäne auch erforderlich ist.

Die Maßnahme müsste schließlich auch **angemessen** sein, d.h. der Differenzierungsgrund muss gewichtig genug sein, um die Ungleichbehandlung zu rechtfertigen. Die Menschen zu einer Impfung gegen das Corona-Virus zu motivieren, trägt unmittelbar zu deren Schutz und dem Schutz der Gesamtbevölkerung bei. Dies wird aus der aufgezeigten Wirksamkeit der Impfungen (vgl. oben Punkt 3.2.1.) deutlich. Auf der anderen Seite entsteht für Ungeimpfte ein **finanzielles Risiko**, welches Sie durch eine Schutzimpfung **selbst abwenden** können. Für die Personengruppe ohne Impfpflicht besteht diese Möglichkeit nicht. Durch den Wegfall einer Entschädigung im Falle einer Absonderung kann ihnen ein erheblicher Verlust an Einkommen zum Bestreiten des Lebensunterhalts drohen. Insbesondere kann es bei den Fällen einer präventiven Quarantäne nach Kontakt mit einer infizierten Person dazu kommen, dass mehrfach eine Absonderung stattfindet.

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

55 Vgl. RND, Ansturm auf Impfstelle in Thüringen – dank Bratwurst als Belohnung, 30. Juli 2021, abrufbar unter: <https://www.rnd.de/panorama/ansturm-auf-impfstelle-in-thueringen-dank-bratwurst-als-belohnung-3UDFOTXGJXITVLZGL4JY7WAPDA.html>.

56 Robert Koch-Institut, Welche Impfquote ist notwendig, um COVID-19 zu kontrollieren?, Epidemiologisches Bulletin 27/2021, 8. Juli 2021, S. 3, abrufbar unter: https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Archiv/2021/Ausgaben/27_21.pdf?blob=publicationFile.

57 Robert Koch-Institut, Impfmotivierung, abrufbar unter: https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Daten/Impfquoten-Tab.html.

Auch können ggf. eine Erkrankung und langfristige Folgen (Long-Covid) zu erheblichen Verdienstaufschlägen führen. Insofern sind Personen, die sich nicht selbst ausreichend durch Impfung schützen können, vor diesen Folgen seitens der Gesellschaft zu schützen. Dies entspricht auch dem Charakter von § 56 Abs. 1, 5 IfSG als Billigkeitsnorm.⁵⁸

In die Abwägung einbezogen werden könnte zudem, dass die Quarantäne als Maßnahme zum Infektionsschutz ggf. an Wirkung verlieren könnte, wenn die Betroffenen aufgrund der fehlenden Entschädigung des Verdienstaufschlags eventuell die Quarantäneregeln nicht einhalten. Jedoch ist die Nichteinhaltung der Vorgaben zur Absonderung eine bußgeldbewehrte Ordnungswidrigkeit.⁵⁹ Insofern muss an dieser Stelle die weiterhin bestehende Wirksamkeit der entsprechenden Absonderungsvorgaben unterstellt werden.

Zur Abmilderung der Folgen der Ungleichbehandlung können ebenso Einschränkungen vorgenommen werden. Von *Pestalozza* wurde gefordert, dass zwischen der Ankündigung des Wegfalls der Entschädigung und der tatsächlichen Umsetzung ein angemessener Zeitraum liegen müsse, der es noch ermöglicht, durch eine Schutzimpfung die entsprechende Voraussetzung für die Aufrechterhaltung des Entschädigungsanspruches zu schaffen.⁶⁰ Fraglich ist jedoch, ob eine solche **Übergangsfrist** tatsächlich erforderlich ist, da die Regelung des § 56 Abs. 1 S. 4 IfSG bereits seit dem Inkrafttreten des Masernschutzgesetzes am 1. März 2020 gilt. Insofern war sie stets für den Rechtsanwender ersichtlich. Ihre Anwendung war lediglich von der Existenz und Verfügbarkeit eines Impfstoffes abhängig, welche nun seit geraumer Zeit gegeben ist.

Der Ansicht von *Degenhardt* – die auch zur Abmilderung der Differenzierungsfolgen beitragen würde –, dass die Entschädigung nur dann wegfallen dürfe, wenn sich die Person **bewusst** in einen **Corona-Hotspot**, also zum Beispiel ein Hochrisikoland, begeben hat,⁶¹ wird hier jedoch nicht gefolgt. Die Risiken einer Infektion sind mit der in Deutschland vorherrschenden Delta-Variante nicht auf bestimmte Räume beschränkt. Infektiologen sprechen insoweit von einer „**Pandemie der Ungeimpften**“;⁶² auch der Bundesgesundheitsminister Spahn äußerte: „*Wer nicht geimpft ist, wird sich mit sehr, sehr hoher Wahrscheinlichkeit in den Herbst- und Wintermonaten ohne Schutz anstecken*“⁶³.

58 Vgl. zur Vorgängerregelung: BT-Drs. 3/1888, S. 27; Kraayvanger/Schrader, Erstattungsanspruch des Arbeitgebers nach § 56 V 2 IfSG bei COVID-19?, NZA-RR 2020, 623, 625.

59 Vgl. Bußgeldkatalog zur Ahndung von Verstößen im Bereich des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) in Verbindung mit der Dritten SARS-CoV-2-Infektionsschutzmaßnahmenverordnung in Berlin vom 31. August 2021.

60 Pestalozza, in: Klöckner/Neuerer, Keine Entschädigung mehr für Ungeimpfte, Handelsblatt vom 15. September 2021, S. 6.

61 Degenhardt, in: Klöckner/Neuerer, Keine Entschädigung mehr für Ungeimpfte, Handelsblatt vom 15. September 2021, S. 6.

62 Vgl. u.a. Interview mit Infektiologin Susanne Herold, abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/rhein-main/region-und-hessen/pandemie-der-ungeimpften-infektiologin-herold-ueber-corona-17526756.html>.

63 Tagesschau.de, Spahn warnt vor Risiken für Ungeimpfte, vom 3. September 2021, 8.53 Uhr, abrufbar unter: <https://www.tagesschau.de/newsticker/liveblog-coronavirus-freitag-273.html#Spahn-warnt-vor-Risiken-fuer-Ungeimpfte>.

Angesichts dieser Abwägung scheint eine Differenzierung zwischen freiwillig und unfreiwillig Nichtgeimpften grundsätzlich gerechtfertigt und keine Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG vorzuliegen. Das Ergebnis lässt sich auch auf die Ungleichbehandlung mit geimpften Personen, die in Kontakt mit Virusvarianten gekommen sind, übertragen. Diese haben ihrerseits durch die Schutzimpfung erheblich zum Eigenschutz beigetragen, anders als die freiwillig Ungeimpften.

4.3. Diskriminierungsverbot aufgrund der Religion

Eine differenzierte Betrachtung ist erforderlich, wenn ein Verstoß gegen Diskriminierungsverbote nach **Art. 3 Abs. 3 GG** vorliegt. Als solches kommt hier das Verbot einer Benachteiligung aufgrund religiöser Anschauungen in Betracht, wenn es **Religionen** gibt, die Impfungen ablehnen. Durch den Wegfall der Entschädigung für den Verdienstausfall würden Anhänger dieser Glaubensrichtung benachteiligt, wenn sie sich an die religiösen Vorgaben gebunden fühlten und daher nicht mittels einer Schutzimpfung die Absonderung vermeiden könnten. Wenn das Abstrahieren von Impfungen seitens der Rechtsprechung als religiöses Verbot i.S.d. Art. 3 Abs. 3 GG verstanden würde, dann bestünde für die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung mit unfreiwillig Ungeimpften ein besonders strenger Verhältnismäßigkeitsmaßstab.⁶⁴ Eine Ungleichbehandlung trotz Diskriminierungsverbot wäre jedoch nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nur möglich, wenn der geregelte Sachverhalt nur bei Personen der einen Gruppe auftreten kann bzw. die Differenzierung zwingend erforderlich ist, weil das Unterscheidungsmerkmal konstituierendes Element für den erfassten Lebenssachverhalt ist.⁶⁵ Dies ist vorliegend nicht der Fall. Infolgedessen wäre eine Differenzierung aufgrund der religiösen Anschauung nicht zu rechtfertigen, sodass bei der Auslegung des § 56 Abs. 1 S. 4 IfSG im speziellen auf diese Personengruppe **Rücksicht genommen** werden müsste.

5. Weitere rechtliche Zusammenhänge

Hinzuweisen ist auf den Zusammenhang der hier diskutierten Maßnahme zur **Auskunftspflicht** des Arbeitnehmers über seinen **Impfstatus** gegenüber dem Arbeitgeber. Erst im September 2021 wurde eine Regelung bezüglich der Auskunft für bestimmte Arbeitnehmer, vor allem im Gesundheitsbereich, in § 36 Abs. 3 IfSG aufgenommen. Der Arbeitgeber zahlt nach § 56 Abs. 5 IfSG den Lohn weiter, die Entschädigung wird ihm von der Behörde erstattet. Wenn der Arbeitgeber aber gar nicht von allen Mitarbeitern den Impfstatus abfragen darf, dann zahlt er ggf. Entgelt weiter, ohne die Entschädigung dafür zu erhalten. Er könnte dies zwar möglicherweise zivilrechtlich vom Arbeitnehmer zurückfordern, weil dieser ggf. keinen Anspruch auf Entgeltfortzahlung hat.⁶⁶ Er trägt insoweit aber dessen Ausfallrisiko. In dieser Situation ist daher auch ein allgemeiner Auskunftsanspruch

64 Langenfeld, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 94. EL Januar 2021, Art. 3 Abs. 3, Rn. 72.

65 Vgl. BVerfGE 85, 191 (207); BVerfGE 7, 155 (171); Langenfeld, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 94. EL Januar 2021, Art. 3 Abs. 3, Rn. 72.

66 Vgl. Krainbring, Entgeltfortzahlung bei Corona-Infektion nach verweigerter Schutzimpfung, NZA 2021, 247 ff.; Limmer.Reutemann-Rechtsanwälte, Entgeltfortzahlung bei Corona-Infektion nach verweigerter Corona-Impfung vom 12. Mai 2021, abrufbar unter: <https://www.limmer-reutemann.de/entgeltfortzahlung-nach-verweigerter-corona-impfung>.

über den Impf-status aus Treu und Glauben (§ 242 BGB) im Arbeitsverhältnis anerkannt.⁶⁷ Zu **datenschutzrechtlichen Aspekten** diesbezüglich vergleiche:

Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Ausarbeitung WD 3 - 3000 - 157/21, Auskunftspflicht eines Beschäftigten über seinen Impfstatus gegenüber seinem Arbeitgeber – Datenschutzrechtliche und verfassungsrechtliche Bewertung, vom 8. September 2021.

Anlage

67 Vgl. Krüger, Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 260, Rn. 12; BAG, Urt. v. 27. Mai 2020 – 5 AZR 387/19; Krainbring, Entgeltfortzahlung bei Corona-Infektion nach verweigerter Schutzimpfung, NZA 2021, 247, 251; Limmer.Reutemann-Rechtsanwälte, Entgeltfortzahlung bei Corona-Infektion nach verweigerter Corona-Impfung vom 12. Mai 2021, abrufbar unter: <https://www.limmer-reutemann.de/entgeltfortzahlung-nach-verweigerter-corona-impfung>.