



VERWALTUNGSGERICHTSHOF BADEN-WÜRTTEMBERG

Im Namen des Volkes Urteil

In der Verwaltungsrechtssache

prozessbevollmächtigt:

- Klägerin -
- Berufungsbeklagte -

gegen

Land Baden-Württemberg,
vertreten durch das Regierungspräsidium Stuttgart,
Ruppmannstraße 21, 70565 Stuttgart,

prozessbevollmächtigt:

- Beklagter -
- Berufungskläger -

wegen Entschädigung nach § 56 IfSG

hat der 1. Senat des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg durch den
Präsidenten des Verwaltungsgerichtshofs Prof. Dr. Graßhof, die Richterin am
Verwaltungsgerichtshof Dr. Kloster und den Richter am Verwaltungsgerichtshof
Dr. Axer

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 20. Februar 2024

für Recht erkannt:

Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Stuttgart vom 19. Dezember 2022 (Az. 16 K 2471/22) wird zurückgewiesen.

Der Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand

Die Klägerin begehrt die Erstattung einer an ihre Arbeitnehmerin Frau xxxxx xxxxxxxxxxxxxx gezahlten Verdienstaufschlags wegen einer behördlich angeordneten Absonderung nach dem Infektionsschutzgesetz (IfSG) in Folge einer festgestellten Infektion mit COVID-19.

Die Klägerin - ein Personaldienstleistungsunternehmen - beantragte am 04.04.2022 bei dem Beklagten den Ausgleich des Verdienstaufschlags i.H.v. 600,03 EUR aufgrund einer angeordneten Absonderung nach § 56 Abs. 1 IfSG für den Zeitraum vom 17.11.2021 bis zum 26.11.2021. Die Arbeitnehmerin der Klägerin, Frau xxxxx xxxxxxxxxxxxxx, wurde am 15.11.2021 mittels PCR-Tests positiv auf SARS-CoV-2 getestet. Aus der am 12.01.2022 ausgestellten Bescheinigung des örtlich zuständigen Gesundheitsamts der Stadt Stuttgart ergibt sich, dass die Absonderungspflicht der Arbeitnehmerin vom 13.11.2021 bis zum 27.11.2021 bestand.

Die Arbeitnehmerin erhielt am 02.11.2021 die zweite Impfung gegen SARS-CoV-2 mit dem Impfstoff Comirnaty.

Mit Bescheid vom 21.04.2022 lehnte der Beklagte den Antrag auf Entschädigung des Verdienstaufschlags ab, da die Arbeitnehmerin zu Beginn der Absonderung nicht über einen vollständigen Impfschutz verfügt habe. Ein Entschädigungsanspruch sei gem. § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG ausgeschlossen, da die Absonderung durch Inanspruchnahme einer empfohlenen Schutzimpfung habe

vermieden werden können. Im Land Baden-Württemberg habe jeder die Möglichkeit gehabt, bis zum 15.09.2021 vollständig gegen SARS-CoV-2 geimpft gewesen zu sein. Ein vollständiger Impfschutz liege vor, wenn seit der zweiten Impfung mindestens 14 Tage vergangen seien. Der vollständige Impfschutz für die Arbeitnehmerin der Klägerin habe damit erst seit dem 17.11.2021 bestanden, nicht jedoch zu Beginn der angeordneten Absonderung am 13.11.2021.

Am 29.04.2022 hat die Klägerin Klage vor dem Verwaltungsgericht erhoben.

Zur Begründung hat sie vorgetragen, dass die Arbeitnehmerin entgegen der Auffassung des Beklagten über einen vollständigen Impfschutz verfügt habe, da sie sich ab dem 17.11.2021 in Quarantäne begeben habe. Darüber sei im Verlauf der Pandemie inzwischen offenbar geworden, dass sich auch vollständig geimpfte Personen mit Corona infiziert hätten. Da zum fraglichen Zeitpunkt auch vollständig Geimpfte zur Absonderung verpflichtet gewesen seien, sei nicht einzusehen, weshalb jemand, der mit vollem Impfschutz erkrankte, anders behandelt würde, als jemand, der ohne vollen Impfschutz erkrankte.

Darüber hinaus sei im Rahmen der „Billigkeitsentschädigung“ zu berücksichtigen, dass sich die Arbeitnehmerin der Klägerin immerhin einige Zeit vor der Infektion habe impfen lassen. Der Klägerin habe in diesem Fall ein Beurteilungsspielraum zugestanden. Der Anspruch auf Erstattung der mit der Klage geltend gemachten Kosten stelle demgegenüber keine Billigkeitsentschädigung dar. Die Klägerin habe einen Anspruch auf Erstattung ihrer Kosten.

Der Beklagte ist der Klage entgegengetreten. Der Ablehnungsbescheid sei rechtmäßig. Ein Anspruch auf Erstattung des geltend gemachten Betrages bestehe nicht, da der Arbeitnehmerin aufgrund von § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG keine Entschädigung zugestanden habe, welche durch den Arbeitgeber in Vorleistung hätte ausbezahlt werden müssen.

Die Arbeitnehmerin der Klägerin habe am 02.11.2021 ihre notwendige zweite Impfung erhalten. Der vollständige Impfschutz habe damit ab dem 17.11.2021 bestanden. Die Absonderung für die Arbeitnehmerin sei jedoch bereits ab dem

13.11.2021 und nicht erst ab dem 17.11.2021 angeordnet gewesen. Hierbei sei es unschädlich, dass die Klägerin mit dem Antrag erst eine Entschädigung ab dem 17.11.2021 begehrt habe. Der maßgebliche Zeitpunkt, auf den abzustellen sei, sei die offizielle Anordnung der Absonderung.

Bei der Entschädigungsleistung nach § 56 Abs. 1 IfSG handele es sich um eine sog. „Billigkeitsentschädigung“. Wer positiv auf das SARS-CoV-2-Virus getestet worden sei und keinen vollständigen Impfschutz vorweisen könne, solle nicht auf Kosten der Allgemeinheit und zulasten der Solidargemeinschaft eine Entschädigungszahlung erhalten. Die Betroffenen seien angehalten, das Angebot einer öffentlich empfohlenen Schutzimpfung auch wahrzunehmen. Wer dem nicht nachkomme, habe nicht alles Erforderliche unternommen, um sich vor einer Ansteckung mit dem SARS-CoV-2-Virus und damit vor einer Absonderung zu schützen. Hierin sei ein sogenanntes „Verschulden gegen sich selbst“ zu sehen. Die Klägerin könne außerdem die ausbezahlte Entschädigung von der Arbeitnehmerin wieder zurückverlangen.

Die Ansicht der Klägerin, dass Personen mit unvollständigem Impfschutz nicht als größeres Risiko gesehen werden sollten, als Personen mit vollständigen Impfschutz sowie die Annahme der Klägerin, dass an dem SARS-CoV-2-Virus erkrankte Personen mit unvollständigem Impfschutz gleichbehandelt werden sollten wie Personen, die mit vollständigen Impfschutz erkrankten, gehe fehl. Die Absonderung wäre vermeidbar gewesen, wenn ein vollständiger Impfschutz bestanden hätte, da die Impfung mit hoher Wahrscheinlichkeit (über 70 %) zum damaligen Absonderungszeitraum vor einer Infektion mit dem SARS-CoV-2-Virus geschützt habe. Dies sei so den wöchentlichen Lageberichten des Robert Koch-Instituts (RKI) zu entnehmen gewesen. Entgegen der Auffassung der Klägerin habe der Beklagte keinen Beurteilungsspielraum in Bezug auf die Anspruchsvoraussetzungen.

Mit Urteil vom 19.12.2022 hat das Verwaltungsgericht den Beklagten unter Aufhebung des Bescheides des Regierungspräsidiums Stuttgart vom 21.04.2022 verpflichtet, der Klägerin die von ihr beantragte Entschädigung nach dem IfSG

i.H.v. 600,03 EUR zuzüglich Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 30.04.2022 zu bewilligen.

Zur Begründung hat das Verwaltungsgericht ausgeführt, Anspruchsgrundlage für die begehrte Erstattung sei § 56 Abs. 5 Satz 1 und 3 i.V.m. Abs. 1 Satz 1 und 2 IfSG. Maßgeblich sei die Sach- und Rechtslage im Zeitraum der Absonderung. Der Entschädigungsanspruch der Arbeitnehmerin gegen die Klägerin sei nicht nach § 56 Abs. 1 Satz 4 Var. 1 IfSG ausgeschlossen. Ein Erstattungsanspruch falle nur weg, wenn durch Inanspruchnahme einer Schutzimpfung oder anderen Maßnahmen der spezifischen Prophylaxe eine Absonderung hätte vermieden werden können. „Vermeiden“ im Sinne des § 56 Abs. 1 Satz 4 Var. 1 IfSG setze voraus, dass eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür bestehe, dass die Schutzimpfung eine Absonderung verhindert hätte. Die Absonderungspflicht habe zum entscheidungserheblichen Zeitpunkt für infizierte Geimpfte als auch für infizierte Ungeimpfte bestanden. Die Arbeitnehmerin hätte folglich durch eine Impfung die Absonderung nicht vermeiden können.

Die Infektion und in der Folge die Absonderung wären auch nicht aus tatsächlichen Gründen mit hoher Wahrscheinlichkeit vermeidbar gewesen, wenn die Arbeitnehmerin vollständig geimpft gewesen wäre. Die Darlegungs- und Beweislast liege diesbezüglich beim entschädigungspflichtigen Land. Dem Beklagten obliege es, darzulegen und zu beweisen, dass sich die Arbeitnehmerin der Klägerin mit vollständigem Impfschutz nicht infiziert hätte. Angesichts einer nur eingeschränkt vorhandenen Schutzwirkung der Impfstoffe gegen COVID-19 vor einer Infektion werde dieser Beweis nicht zu erbringen sein. Dies gelte sowohl für eine Infektion mit der Delta-Variante, als auch erst recht für eine Infektion mit der Omikron-Variante.

Am 17.01.2023 hat der Beklagte gegen das am 02.01.2023 zugestellte Urteil des Verwaltungsgerichts Stuttgart vom 19.12.2022 die Zulassung der Berufung beantragt. Mit Beschluss vom 16.03.2023 hat der Senat die Berufung wegen besonderer rechtlicher Schwierigkeiten der Rechtssache zugelassen (Az. 1 S 130/23).

Zur Begründung der Berufung macht der Beklagte geltend, das Urteil des Verwaltungsgerichts Stuttgart vom 19.12.2022 sei in rechtlicher Hinsicht falsch, da die Klägerin keinen Anspruch auf die Gewährung von Entschädigungsleistungen gegenüber dem Beklagten zustehe.

Ein entsprechender Entschädigungsanspruch komme nur dann in Betracht, wenn die Absonderung kausal für den Verdienstaufschlag gewesen sei. Dies sei nicht der Fall, wenn der Betroffene seine Arbeitsleistung schon deswegen nicht habe erbringen können, weil er arbeitsunfähig erkrankt war. Dann sei die Absonderung nicht ursächlich für den Verdienstaufschlag, sondern die Erkrankung selbst oder es liege wegen des Bestehens von Entgeltfortzahlungsansprüchen schon gar kein Verdienstaufschlag vor. Das Verwaltungsgericht habe hierzu keinerlei Feststellungen getroffen.

Weiterhin liege der Ausschlussstatbestand des § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG vor, so dass ein Anspruch auf eine Entschädigung gemäß § 56 Abs. 1 Satz 1 und 2 IfSG nicht gegeben sei. Eine öffentliche Empfehlung für die Impfung gegen COVID-19 sei durch das RKI am 14.01.2021 und im Nachgang durch die oberste Landesgesundheitsbehörde Baden-Württembergs erfolgt. Eine Absonderung hätte sich auch durch eine Impfung vermeiden lassen, weil diese dazu geeignet gewesen wäre, eine Infektion mit dem Coronavirus zu verhindern. Zwar habe die Absonderungspflicht zum maßgeblichen Beurteilungszeitraum November 2021 alle positiv auf SARS-CoV-2-Getesteten unabhängig von ihrem Impfstatus umfasst. Damit überhaupt ein Anwendungsbereich für § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG in dieser Situation verbleibe, müsse es daher ausreichen, wenn die Impfung das die Absonderung auslösende Ereignis, also die Coronainfektion und den darauffolgenden positiven Test, habe verhindern können. Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts fordere § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG dabei keinen bestimmten Wahrscheinlichkeitsmaßstab oder eine Impfeffektivität. Bereits aus dem Wortlaut des § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG ergebe sich, dass die Impfung nur generell dazu geeignet sein müsse, die ansonsten greifende Pflicht zur Absonderung zu umgehen. Auch die systematische Auslegung spreche dafür, dass die Effektivität der Impfung keine Rolle spiele. Die Definition der Schutzimpfung in § 2 Nr. 9 IfSG stelle nur auf die Gabe eines Impfstoffs „mit

dem Ziel, vor einer übertragbaren Krankheit zu schützen“ ab. Es komme also nicht darauf an, ob der Impfstoff tatsächlich schütze. Die reine Intention reiche hierfür aus. Auch die Entstehungsgeschichte der Norm widerspreche dem Maßstab des Verwaltungsgerichts nach einer „hohen Wahrscheinlichkeit“ der Infektionsverhinderung. § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG sei im Rahmen des Masernschutzgesetzes eingeführt worden. Auch die Masernimpfung führe nicht zu einem absoluten Infektionsschutz. Grundsätzlich seien Impfungen nie zu 100 % wirksam. Ein Verhinderungsmaßstab von 100 % könne daher nicht gefordert werden. Nach der Gesetzeshistorie könne aber auch kein darunterliegender Wahrscheinlichkeitsmaßstab entscheidend sein. Zwar sei die Regelung im Zuge des Masernschutzgesetzes in das IfSG aufgenommen worden, jedoch habe der Gesetzgeber die Anwendung des § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG gerade nicht auf bestimmte Impfstoffe oder Infektionskrankheiten beschränkt, sodass sich eine Verengung des Anwendungsbereichs, wie sie das Verwaltungsgericht vornehme, verbiete. Darüber hinaus ergebe sich aus der Gesetzesbegründung zu § 48 BSeuchG, der Vorgängernorm des heutigen § 56 IfSG, dass eine Billigkeitsentschädigung notwendig sei, weil der Kranke oder Krankheitsverdächtige als Störer nicht entschädigungsberechtigt sei. Wenn nun aber aufgrund fehlender Immunisierung trotz Möglichkeit hierzu die Eigenschaft als polizeirechtlicher Störer in vorwerfbarer Weise hingenommen worden sei, so gehe die Wertung des Gesamtcharakters der §§ 56 ff. IfSG fehl, dass diese Personen einem Kranken näherstünden als dem üblichen polizeirechtlichen Störer.

Der Sinn und Zweck des § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG sei es, bei Unterlassung risikominimierenden Verhaltens keine Billigkeitsentschädigung zu gewähren. § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG sei eine Billigkeitsregelung. Sie solle einen Anreiz dafür schaffen, dass mögliche und zumutbare Impfungen in Anspruch genommen würden. Auf die Effektivität der Impfungen werde insoweit gar nicht abgestellt. Die bloße Geeignetheit der Impfung reiche hierzu aus. Vielmehr solle ein gesamtgesellschaftlich getragenes Risiko zum Risiko des Einzelnen werden, wenn dieser in vorwerfbarer Art und Weise ein risikominimierendes Verhalten (die Impfung) unterlasse. Die öffentliche Hand wolle mit § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG ihre Einstandspflicht begrenzen, indem sie durch Normierung von Obliegenhei-

ten wirksame Anreize zu gesellschaftlich erwünschtem Verhalten setze. Gesellschaftlich erwünscht sei eine COVID-19-Impfung aber nicht nur deswegen gewesen, weil sie schon Infektionen mit einer bestimmten Wahrscheinlichkeit verhindert habe, sondern auch, weil sie grundsätzlich die entsprechende Eignung hierfür aufgewiesen habe und sich durch die Impfung schwere Krankheitsverläufe hätten reduzieren lassen, die Hospitalisierungen nach sich gezogen hätten und damit zur Gefahr für die Funktionstüchtigkeit des Gesundheitssystems und die gesamte kritische Infrastruktur geworden wären. Der Sinn und Zweck des § 56 IfSG würde ad absurdum geführt, wenn derjenige, der nicht bereit gewesen sei, die Allgemeinheit durch Inanspruchnahme einer öffentlich empfohlenen Impfung zu schützen, eine Billigkeitsentschädigung von eben jener Allgemeinheit erhalten würde. Hinweise für diese Auslegung ergäben sich auch aus der 2. Alt. des § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG. Wenn nämlich eine vermeidbare Reise in ein Reiseland angetreten würde, das bereits zum Zeitpunkt der Abreise als Risikogebiet eingestuft worden sei, sei die Billigkeitsentschädigung ausgeschlossen. Auch insoweit werde das gesamtgesellschaftlich getragene Risiko zum Risiko des Einzelnen, weil dieser sich für ein risikosteigerndes Verhalten entschieden habe. Die bloße Reise in ein Risikogebiet, dessen Einordnung als solches ausschließlich von der Inzidenz im Reiseland insgesamt abhängt, berge daher im Einzelfall möglicherweise sogar nur ein relativ geringes Ansteckungsrisiko. Dennoch habe der Gesetzgeber dieses Verhalten in § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG als Ausschlussgrund für die Billigkeitsentschädigung aufgenommen. Im Rückschluss bedeute das, dass der Gesetzgeber auch an den Ausschlussgrund der fehlenden Impfung keine weiteren, besonderen Anforderungen an die Impfeffektivität habe stellen wollen.

Außerdem folge die öffentliche Empfehlung der Impfung i.S.v. § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG bereits einer umfassenden wissenschaftlichen Abwägung zwischen der Wirksamkeit der Impfung, der Gefährlichkeit der Krankheit und der Verträglichkeit der Impfung. Diese umfassende Einschätzung hätten RKI und die Ständige Impfkommission (STIKO) vorgenommen. Diese hätten sich die Entscheidung für und wider eine Impfempfehlung auch nie leichtgemacht. Beide Institutionen hätten während der Corona-Pandemie unter erheblichem Druck gestan-

den. Dies belege die Schwierigkeiten der wissenschaftlichen Abwägung im Hinblick auf eine öffentliche Impfeempfehlung. Das wiederum mache deutlich, dass eine Anknüpfung des Gesetzgebers an diese Empfehlung bereits alle wesentlichen wissenschaftlichen Erkenntnisse ausreichend berücksichtige und zum sinnvollsten Ergebnis führe. Die Frage der Impfeffektivität könne daher auch nicht im Wege einer Auslegung zum zweiten Mal in die Norm hereingelesen werden, schon gar nicht mit anderen Maßstäben als der Gesetzgeber sie bereits mit dem Merkmal der „öffentlichen Empfehlung“ vorgegeben habe. Dass kein Anspruch aus § 56 IfSG bestehe, wenn die COVID-19-Impfung nicht in Anspruch genommen werde, sei im Übrigen durch Pressemitteilung des Sozialministeriums vom 02.09.2021 an die breite Bevölkerung auch klar und deutlich kommuniziert worden und auch in den FAQ des Sozialministeriums sei über den Anspruchsausschluss informiert worden.

Zusammenfassend komme es bei § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG nicht auf die Effektivität der Impfung an. Um das weitere Tatbestandsmerkmal des § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG („hätte vermeiden können“) zu erfüllen, müsse demnach schon die bloße Geeignetheit der Impfung zur Infektionsverhinderung in der Folge der Absonderungsvermeidung ausreichen.

Selbst wenn man annähme, dass eine bestimmte Impfeffektivität in die Norm aufgenommen werden müsste, dürften daran keine zu hohen Anforderungen gestellt werden. Wenn nicht schon die bloße öffentliche Impfeempfehlung nach § 20 Abs. 3 IfSG als ausreichend erachtet werde, würde es aus den zuvor genannten Gründen vielmehr genügen, dass die Impfung bereits mit überwiegender Wahrscheinlichkeit dazu geführt hätte, dass es nicht zu einer Infektion (und damit Absonderung) gekommen wäre. Dass die Infektion bzw. Absonderung mit „überwiegender Wahrscheinlichkeit“ durch die Impfung verhindert worden wäre, dürfte angesichts der unstreitigen Zahlen dazu außer Frage stehen. Eine Impfeffektivität von 72 % bedeute, dass in 72 von 100 Fällen eine Ansteckung habe vermieden werden können. Dies sei ohne weiteres eine „überwiegende Wahrscheinlichkeit“. Die „Impfeffektivität von 72 %“ entspreche sogar einer „hohen

Wahrscheinlichkeit“, es sei nicht nachvollziehbar, warum das Verwaltungsgericht von einem „nur eingeschränkt vorhandenen Schutz“ durch die Impfung spreche.

Bei der Beurteilung des konkreten Falles könne auch nicht erheblich sein, dass die Arbeitnehmerin der Klägerin zum Zeitpunkt der Absonderung bereits eine zweite Impfdosis, nämlich am 02.11.2021, erhalten habe. Nach der Einschätzung der STIKO sei davon auszugehen, dass die zweite Impfdosis ihre volle Wirkung erst 14 Tage nach Erhalt entfaltet, erst dann sei die Immunisierung rechtlich als vollständig anerkannt.

Im Übrigen habe das Verwaltungsgericht mehrfach auf die Wirksamkeit des Impfstoffs gegenüber der Omikron-Variante verwiesen, zum maßgeblichen Zeitpunkt der Absonderung der Arbeitnehmerin der Klägerin sei jedoch die Delta-Variante vorherrschend und alleinig relevant für die Beurteilung gewesen.

Hilfsweise werde geltend gemacht, dass das Verwaltungsgericht die Sache aufgrund fehlender Spruchreife falsch entschieden habe. Das Verwaltungsgericht habe nicht erkennen lassen, wie es zur Spruchreife über die Anspruchshöhe von 600,03 EUR gelangt sei. Die Methodik der Entschädigungsberechnung ergebe sich aus § 56 Abs. 2, 3 IfSG. Es bleibe offen, ob das Verwaltungsgericht entsprechende Berechnungen angestellt habe. Das Verwaltungsgericht habe den Beklagten nie zur Höhe des Streitwerts Stellung beziehen lassen.

Der Beklagte beantragt,

das Urteil des VG Stuttgart vom 19.12.2022 (16 K 2471/22) abzuändern und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Klägerin wiederholt in der Berufungserwiderung im Wesentlichen ihren Vortrag aus dem erstinstanzlichen Verfahren. Zwar werde nicht bestritten, dass durch die Impfung das Risiko einer Infektion verringert werden konnte, jedoch sei ein vollständiger oder auch nur weit überwiegender Schutz vor Ansteckungen dadurch nicht zu erreichen gewesen. Hieraus folge, dass durch die Impfung eine Infektion eben nicht i.S.d. § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG vermeidbar gewesen sei.

Die Arbeitnehmerin der Klägerin sei im fraglichen Zeitraum nicht arbeitsunfähig erkrankt gewesen, sondern aufgrund der Absonderungsverfügung arbeitsunfähig gewesen.

Des Weiteren sei die mit dem Klageantrag geltend gemachte Anspruchshöhe von 600,03 EUR korrekt berechnet worden. Der Betrag setze sich aus dem Bruttoentgelt von 598,64 EUR für acht Tage Verdienstausschlag, abzüglich der Arbeitnehmersozialversicherungsbeiträge (118,96 EUR) sowie der steuerlichen Abzüge (122,44 EUR), welche das Nettoarbeitsentgelt ergeben, zuzüglich der gesamten Sozialversicherungsbeiträge i.H.v. 242,79 EUR zusammen.

Wegen des weiteren Vorbringens der Beteiligten sowie der Einzelheiten des Sachverhalts wird auf die verwaltungsgerichtliche Akte, die Berufungsakte sowie die Verwaltungsakten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die vom Senat zugelassene Berufung des beklagten Landes ist nicht begründet. Das Verwaltungsgericht hat den Beklagten zu Recht verpflichtet, die von der Klägerin beantragte Erstattung der Verdienstausschlagentschädigung für ihre Arbeitnehmerin in Höhe von 600,03 EUR zu bewilligen.

Die zulässige Klage ist begründet. Der Ablehnungsbescheid des Regierungspräsidiums Stuttgart vom 21.04.2022 ist rechtswidrig und verletzt die Klägerin

in ihren Rechten. Sie hat einen Anspruch auf die beantragte Erstattung der an die Arbeitnehmerin ausgezahlten Entschädigung.

Rechtsgrundlage für den von der Klägerin geltend gemachten Anspruch ist § 56 Abs. 5 Satz 3 i.V.m. § 56 Abs. 1 Satz 1 und 2 sowie § 57 Abs. 1 Satz 1, 3 und 4 Halbsatz 2, Abs. 2 Satz 2 IfSG, in der zum Zeitraum der Absonderung (vom 13.11.2021 bis zum 27.11.2021) geltenden (jeweils wortgleichen) Gesetzesfassung vom 28.05.2021 (BGBl. I 1174) und vom 22.11.2021 (BGBl. I 4906).

Nach § 56 Abs. 1 Satz 1 IfSG erhält, wer auf Grund des Infektionsschutzgesetzes als Ausscheider, Ansteckungsverdächtiger, Krankheitsverdächtiger oder als sonstiger Träger von Krankheitserregern im Sinne von § 31 Satz 2 IfSG Verboten in der Ausübung seiner bisherigen Erwerbstätigkeit unterliegt oder unterworfen wird und dadurch einen Verdienstaufschlag erleidet, eine Entschädigung in Geld. Das Gleiche gilt für Personen, die nach § 30 IfSG, auch in Verbindung mit § 32 IfSG, abgesondert werden oder sich auf Grund einer nach § 36 Abs. 8 Satz 1 Nr. 1 IfSG erlassenen Rechtsverordnung absondern (§ 56 Abs. 1 Satz 2 IfSG). Bei Arbeitnehmern hat der Arbeitgeber für die Dauer des Arbeitsverhältnisses, längstens für sechs Wochen, die Entschädigung für die zuständige Behörde ausbezahlen. Die ausgezahlten Beträge werden dem Arbeitgeber auf Antrag von der zuständigen Behörde erstattet (§ 56 Abs. 5 Satz 1 und 3 IfSG). Dies gilt nach § 57 Abs. 1 Satz 4, Abs. 2 Satz 2 IfSG u.a. auch für die Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung, zur gesetzlichen Krankenversicherung, zur sozialen Pflegeversicherung und zur Arbeitslosenversicherung, wenn der Arbeitgeber für die zuständige Behörde die Entschädigung auszahlt.

1. Der hier zugrunde zulegende maßgebliche Zeitpunkt der Beurteilung der Sach- und Rechtslage ergibt sich ausgehend von der Grundregel, dass bei einer Verpflichtungsklage auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz abzustellen ist (vgl. W.-R. Schenke/R.P. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, 29. Aufl. 2023, § 113 Rn. 217 m.w.N.), aus dem materiellen Recht (vgl. BVerwG, Beschl. v. 07.03.1991 - 5 B 114.89 - juris Rn. 4 m.w.N.; Urt. v. 17.12.2021 - 7 C 7.20 - juris Rn. 14). Ausnahmen von dem

Grundsatz der Maßgeblichkeit des Zeitpunkts der letzten Tatsachenverhandlung sind dann anzuerkennen, wenn diese ausdrücklich oder konkludent in gesetzlichen Vorschriften vorgesehen sind oder wenn sich die Maßgeblichkeit eines anderen Beurteilungszeitpunkts nach dem Sinn und Zweck der Regelungsmaterie oder kraft Natur der Sache eindeutig feststellen lässt (Wolff, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 113 Rn. 128).

Bei dem streitgegenständlichen Anspruch aus § 56 Abs. 1 Satz 1 IfSG handelt es sich um eine Entschädigungsforderung eines Bürgers gegen die zuständige Behörde, der zu einem bestimmten Zeitpunkt (die Absonderung) entsteht und sich auf einen bestimmten Zeitraum (den Absonderungszeitraum) bezieht. Das Gesetz verlangt die Bewertung eines zeitlich gebundenen Vorgangs nach Maßstäben, die zu dem betreffenden Zeitpunkt gelten (vgl. BVerwG, Urt. v. 23.01.1990 - 8 C 58.89 - juris Rn. 19; Wolff, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 113 Rn. 129; zur maßgeblichen Sach- und Rechtslage im Rahmen des § 56 IfSG vgl. Eckart/Kruse, in: BeckOK Infektionsschutzrecht, 19. Ed., Stand 10.01.2023, § 56 IfSG Rn. 20a). Hier ergibt sich aus Sinn und Zweck der Anspruchsgrundlage, dass für die Frage ihrer Berechtigung auf den Zeitpunkt abzustellen ist, zu dem die Aufwendungen entstanden, in der Höhe bezifferbar und von der zuständigen Behörde unter Heranziehung der einschlägigen Rechtsgrundlagen auf ihre Erstattungsfähigkeit hin überprüfbar sind (vgl. OVG NRW, Urt. v. 10.03.2023 - 18 A 563/22 - juris Rn. 38 ff.). Nachfolgende Änderungen der Sach- und/oder Rechtslage sind dann aus Gründen des Vertrauensschutzes unerheblich (BayVGh, Urt. v. 18.10.2007 - 21 BV 05.1690 - juris Rn. 27; VG Karlsruhe, Urt. v. 16.11.2022 - 2 K 3290/21 - juris Rn. 21ff.).

2. Zuständige Behörde nach § 56 Abs. 5 Satz 4 IfSG ist in Baden-Württemberg gemäß § 54 Satz 1 IfSG i.V.m. § 1 Abs. 3a BWIfSGZuVO für Anträge, die vor dem 01.01.2023 eingegangen sind, das örtlich zuständige Regierungspräsidium, hier das Regierungspräsidium Stuttgart.

3. Die Voraussetzungen für den Entschädigungsanspruch liegen vor: Die Arbeitnehmerin der Klägerin war absonderungspflichtig i.S.v. § 56 Abs. 1 Satz 2

IfSG (a) und hat dadurch einen Verdienstaussfall erlitten (b). Der Anspruch war auch nicht gemäß § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG ausgeschlossen (c).

a) Die Arbeitnehmerin der Klägerin war nach § 56 Abs. 1 Satz 2 IfSG absonderungspflichtig. Die Vorschrift verweist auf die Absonderungstatbestände der §§ 30, 32 IfSG. Gemäß § 30 Abs. 1 Satz 2 IfSG kann bei sonstigen Kranken sowie Krankheitsverdächtigen, Ansteckungsverdächtigen und Ausscheidern angeordnet werden, dass sie in einem geeigneten Krankenhaus oder in sonst geeigneter Weise abgesondert werden. § 32 IfSG ermächtigt die Landesregierungen, unter den Voraussetzungen, die für Maßnahmen nach den §§ 28, 28a und 29 bis 31 IfSG maßgebend sind, auch durch Rechtsverordnungen entsprechende Gebote und Verbote zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten zu erlassen. Hiervon hat der baden-württembergische Landesverordnungsgeber mit dem Erlass der CoronaVO Absonderung Gebrauch gemacht. Wie sich unstreitig aus der Bescheinigung der Stadt Stuttgart vom 12.01.2022 ergibt, war die Arbeitnehmerin der Klägerin für den Zeitraum vom 13.11.2021 bis zum 27.11.2021 auf Grundlage des § 3 Abs. 2 der CoronaVO Absonderung (vom 10.01.2021 in der ab 30.10.2021 geltenden Fassung, GBl. S. 937) verpflichtet, sich als „positiv getestete Person“ in Absonderung zu begeben.

b) Die Arbeitnehmerin der Klägerin hat durch die Absonderungsverpflichtung auch einen Verdienstaussfall erlitten.

Nach § 56 Abs. 1 Satz 1 und 2 IfSG erhält eine Entschädigung, wer einer Absonderung unterliegt und „dadurch“ einen Verdienstaussfall erleidet. Da die Norm einen Verdienstaussfall voraussetzt, gilt für den Fall, dass der Arbeitgeber zur Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall (§ 3 Abs. 1 EFZG) verpflichtet ist, ein Ausschluss des Anspruchs gem. § 56 Abs. 1 Satz 1 und 2 IfSG. Dies folgt aus dem subsidiären Charakter des § 56 Abs. 1 IfSG. Als Billigkeitsentschädigung soll § 56 IfSG vor materieller Not schützen, wenn allgemeine Fortzahlungspflichten nicht greifen. Eine Entlastung des Arbeitgebers bezweckt die Norm nicht (vgl. zu § 49 BSeuchG: BGH, Urt. v. 30.11.1978 - III ZR 43/77 - juris Rn. 27; zu § 56 IfSG: Eckart/Kruse, in: BeckOK Infektionsschutzrecht, 15. Ed.,

Stand 10.01.2023, IfSG § 56 Rn. 37 m.w.N.). Vorliegend hat die Klägerin sowohl vorgetragen, als auch durch eine Bescheinigung der Krankenkasse der Arbeitnehmerin glaubhaft gemacht, dass Frau xxxxxxxxxxxx im streitgegenständlichen Zeitraum nicht arbeitsunfähig erkrankt war und ihr mithin keine Ansprüche aus § 3 EFZG zustanden.

An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass jedenfalls auch eine Erkrankung der Mitarbeiterin, soweit sie nicht zur Arbeitsunfähigkeit geführt hat, einem Entschädigungsanspruch nicht entgegensteht. Mit dem Gesetz zur Fortgeltung der die epidemische Lage von nationaler Tragweite betreffenden Regelungen vom 29.03.2021 (BGBl. I 370, „EpLaFoG“) hat der Gesetzgeber die Konzeption von § 56 Abs. 1 Satz 2 IfSG grundlegend geändert. Seitdem können nach dieser Norm sämtliche Personen anspruchsberechtigt sein, unabhängig von ihrer infektionsschutzrechtlichen Einordnung. Folglich sind seitdem neben Ausscheidern, Ansteckungs- oder Krankheitsverdächtigen auch „Kranke“ erfasst, wie die Ausschussempfehlung zum Entwurf des EpLaFoG ausdrücklich ausführt (BT-Drs. 19/27291, 61; vgl. dazu auch Gerhardt, in: IfSG, 6. Aufl. 2022, § 56 Rn. 12).

Schließlich war die Klägerin auch nicht zur Lohnfortzahlung gem. § 616 Satz 1 BGB verpflichtet. Diese Verpflichtung war im Verhältnis zur Arbeitnehmerin xxxxxxxxxxxx ausweislich des mit ihr geschlossenen Arbeitsvertrags (vgl. dort § 2, 2.1. i.V.m. § 12, 12.4 des Tarifvertrags „Zeitarbeit“ vom 13.01.2023) abbedungen, so dass an dieser Stelle nicht entschieden werden muss, ob (insbesondere) die zeitlichen Voraussetzungen für einen Anspruch gem. § 616 Satz 1 BGB vorlagen (zum Streitstand vgl. BeckOK InfSchR/Eckart/Kruse, 17. Ed. 8.7.2023, IfSG § 56 Rn. 37.1).

c) Der Anspruch auf Erstattung war auch nicht nach § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG ausgeschlossen, da die Arbeitnehmerin vorliegend die Absonderung nicht durch Inanspruchnahme einer Schutzimpfung oder anderen Maßnahme der spezifischen Prophylaxe, die gesetzlich vorgeschrieben ist oder im Bereich des gewöhnlichen Aufenthaltes des Betroffenen öffentlich empfohlen wurde, hätte vermeiden können.

aa) Eine öffentliche Empfehlung im Sinne des § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG für eine COVID-19-Impfung lag im maßgeblichen Zeitraum der Absonderung vor. Nach § 20 Abs. 3 IfSG sollen die obersten Landesgesundheitsbehörden öffentliche Empfehlungen für Schutzimpfungen oder andere Maßnahmen der spezifischen Prophylaxe auf der Grundlage der jeweiligen Empfehlungen der Ständigen Impfkommision aussprechen. In Baden-Württemberg werden in diesem Sinne Schutzimpfungen empfohlen, wenn sie von der Ständigen Impfkommision am Robert Koch-Institut empfohlen und im Epidemiologischen Bulletin des Robert Koch-Instituts veröffentlicht werden (Bekanntmachung des Sozialministeriums über öffentlich empfohlene Schutzimpfungen vom 06.05.2015 - GABl. v. 24.06.2015). Dies ist hinsichtlich der Impfung gegen COVID-19 in der Ausgabe 2/2021 des Epidemiologischen Bulletins vom 14.01.2021 erfolgt.

bb) Die Arbeitnehmerin der Klägerin hätte eine Absonderung durch eine COVID-19-Impfung jedoch nicht im Sinne von § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG „vermeiden“ können.

Wann eine Absonderung durch Inanspruchnahme einer öffentlich empfohlenen Schutzimpfung hätte vermieden werden können, ist gesetzlich nicht näher definiert, der Ausnahmetatbestand des § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG bedarf daher der Auslegung.

(1) Der Wortlaut des § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG nimmt Bezug auf die Vermeidbarkeit der „Absonderung“. Maßgeblich ist jedoch, wie sich aus dem Gesamtzusammenhang der Regelung ergibt, ob durch die Inanspruchnahme der Schutzimpfung die Infektion hätte vermieden werden können.

Wann die Voraussetzungen für eine „Absonderung“ vorliegen, ist § 56 Abs. 1 Satz 2 IfSG zu entnehmen. Diese muss sich auf § 30, auch in Verbindung mit § 32, oder § 36 Abs. 8 Satz 1 Nr. 1 IfSG in Verbindung mit einer entsprechenden Rechtsverordnung gründen. Mithin legen die zuständige Behörde oder der Ordnungsgeber die Regeln für eine Absonderungspflicht fest. Für den streitgegenständlichen Zeitraum hat der Ordnungsgeber in Baden-Württemberg

auf der Grundlage des § 32 Satz 1 und 2 i.V.m. § 30 Abs. 1 Satz 2 IfSG die 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 26. Oktober 2021 erlassen und dort die Voraussetzungen für eine Absonderung normiert.

§ 3 der CoronaVO Absonderung in der Fassung vom 26.10.2021 lautete:

§ 3

Absonderung von krankheitsverdächtigen und positiv getesteten Personen

(1) Krankheitsverdächtige Personen müssen sich unverzüglich in Absonderung begeben.

(2) Positiv getestete Personen, die sich nicht bereits nach Absatz 1 in Absonderung befinden, müssen sich unverzüglich nach Kenntnisnahme des positiven PCR- oder Schnelltestergebnisses in Absonderung begeben.

(3) Die Absonderung endet für

1. krankheitsverdächtige Personen mit dem Vorliegen eines negativen PCR-Testergebnisses, soweit sie nicht zugleich enge Kontaktpersonen oder haushaltsangehörige Personen einer anderen positiv getesteten Person sind,

2. positiv getestete Personen, bei denen die Testung mittels eines PCR-Tests durchgeführt wurde und bei denen Symptome vorlagen, 14 Tage nach Symptombeginn,

3. positiv getestete Personen, bei denen die Testung mittels eines PCR-Tests durchgeführt wurde und die zu keinem Zeitpunkt Symptome hatten, 14 Tage nach dem Erstnachweis des Erregers.

Die zuständige Behörde kann aus wichtigem Grund im Einzelfall Abweichungen von Satz 1 zulassen.

(4) Die Absonderung endet für

1. positiv getestete Personen, bei denen die Testung mittels eines Schnelltests durchgeführt wurde und bei denen Symptome vorlagen, 14 Tage nach Symptombeginn,

2. positiv getestete Personen, bei denen die Testung mittels eines Schnelltests durchgeführt wurde und die zu keinem Zeitpunkt Symptome hatten, 14 Tage nach dem Erstnachweis des Erregers,

3. positiv getestete Personen, bei denen die Testung mittels eines Schnelltests durchgeführt wurde, wenn der erste nach dem positiven Schnelltest vorgenommene PCR-Test ein negatives Ergebnis aufweist, mit dem Vorliegen dieses negativen Testergebnisses.

Die zuständige Behörde kann aus wichtigem Grund im Einzelfall Abweichungen von Satz 1 zulassen.

(5) Abweichend von Absatz 3 endet die Absonderung positiv getesteter geimpfter Personen mit dem Vorliegen eines negativen PCR-Testergebnisses, sofern während des gesamten Absonderungszeitraums keine typischen Symptome einer Infektion mit dem Coronavirus vorlagen. Der PCR-Test darf frühestens am fünften Tag der Absonderung vorgenommen werden. Das PCR-Testergebnis ist bis zum Ablauf der ursprünglichen vierzehntägigen Absonderungspflicht mitzuführen und der zuständigen Behörde auf Verlangen vorzulegen. Die zuständige Behörde kann im Einzelfall Abweichungen von Satz 1 zulassen.

Absonderungspflichtig waren nach § 3 Abs. 2 CoronaVO Absonderung insbesondere „positiv getestete Personen“ unabhängig von ihrem Impfstatus.

Ausgehend von diesem Wortlaut der Norm und der Systematik des § 56 Abs. 1 IfSG, nämlich dem Verweis auf landesrechtliche Absonderungsvorschriften, konnte in der hier zu entscheidenden Konstellation eine Absonderung auch durch die Inanspruchnahme der empfohlenen Schutzimpfung deshalb nicht vermieden werden, weil § 3 Abs. 2 CoronaVO Absonderung die Verpflichtung zur Absonderung normiert, sobald eine Person „positiv getestet“ i.S.v. § 1 Nr. 6 CoronaVO Absonderung ist. Entsprechend den Regelungen der zum maßgeblichen Zeitpunkt geltenden CoronaVO Absonderung knüpft die Verpflichtung zur Absonderung also unabhängig vom individuellen Impfstatus an das Merkmal „positiv auf COVID-19 getestet“ an und sieht keine Ausnahme hiervon für geimpfte Personen vor (VG Freiburg, Urt. v. 02.03.2023 -10 K 664/22 - juris Rn. 29; vgl. auch zum dortigen Landesrecht VG Aachen, Gerichtsbescheid v. 19.09.2022 - 7 K 1360/22 - juris Rn. 24; VG Berlin Urt. v. 16.11.2022 - 32 K 109/22 - juris Rn. 32).

Eine unterschiedliche Behandlung für Geimpfte ergibt sich zum entscheidungserheblichen Zeitpunkt auch nicht aus der Verordnung zur Regelung von Erleichterungen und Ausnahmen von Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 (SchAusnahmeV vom 08.05.2021). Zwar sieht § 10 Abs. 1 SchAusnahmeV vor, dass landesrechtliche Absonderungspflichten, die aufgrund der Vorschriften des fünften Abschnitts des IfSG erlassen wurden, nicht für geimpfte oder genesene Personen bestehen, jedoch bestimmt § 1 Abs. 3 Nr. 2 SchAusnahmeV wiederum, dass die vorgesehenen Erleichterungen der SchAusnahmeV nicht für Personen gelten, bei denen eine aktuelle Infektion mit SARS-CoV-2 nachgewiesen ist.

Diese ausschließlich am Wortlaut orientierte Auslegung der Norm lassen einige Gerichte und Stimmen in der Literatur schon ausreichen, eine Anwendbarkeit des § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG im Falle von COVID-19 zu verneinen (vgl. Eckart/Kruse, BeckOK Infektionsschutzrecht, 19. Ed., Stand 10.01.2023, § 56 IfSG Rn. 39.1; Kümper, in: Kießling, IfSG, 3. Aufl. 2022, § 56 Rn. 28; VG Aachen, Gerichtsbescheid v. 19.09.2022 - 7 K 1360/22 - juris Rn.19 ff.; VG Berlin, Urt. v. 16.11.2022 - 32 K 109/22 - juris Rn. 32).

Mit Blick auf Genese und Sinn und Zweck der Regelung greift diese Auffassung jedoch zu kurz, denn sie würde die Anwendbarkeit des Ausnahmetatbestands von den landesrechtlichen Absonderungsvorschriften abhängig machen und in Extremfällen dazu führen, dass die im Tatbestand des § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG in Bezug genommene Schutzimpfung im Hinblick auf die Anwendbarkeit der Norm dann keinen Unterschied macht, wenn die Absonderungsvorschriften wie hier unabhängig vom Impfstatus auf die reine Infektion abstellen.

In der Gesetzesbegründung zu § 56 Abs. 1 Satz 3 IfSG, der mit dem Gesetz für den Schutz vor Masern und zur Stärkung der Impfprävention (Masernschutzgesetz) vom 10.02.2020 (BGBl. I, S. 148) in das IfSG aufgenommen wurde (und später zu § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG wurde) heißt es:

„Wer das schädigende Ereignis (Tätigkeitsverbot/Absonderung) in vorwerfbarer Weise verursacht hat, sollte nicht auf Kosten der Allgemeinheit Entschädigung erhalten, wenn sie oder er Verboten in der Ausübung seiner oder ihrer bisherigen Erwerbstätigkeit unterliegt oder unterworfen wird.

Dieser Grundsatz soll im Rahmen des Infektionsschutzrechts derart Anwendung finden, dass in Fällen, in denen eine Schutzimpfung oder eine andere Maßnahme der spezifischen Prophylaxe gesetzlich vorgeschrieben oder im Bereich des gewöhnlichen Aufenthaltsorts des Betroffenen öffentlich empfohlen (§ 20 Absatz 3) war, eine entsprechende Entschädigung nicht verlangt werden kann, wenn ein Verbot oder eine Absonderung hätte vermieden werden können.

Die Regelung ist vor dem Hintergrund der Regelungen in § 20 Absatz 9 bis 12 folgerichtig und geradezu zwingend, denn wenn schon derjenige, der wegen fehlenden Impfschutzes eine Tätigkeit nicht ausüben darf, keine Entschädigung erhält (hier wäre § 56 Absatz 1 gemäß seinem Wortlaut nicht einschlägig), darf derjenige, der sogar an einer solchen Krankheit erkrankt, keine Entschädigung nach § 56 Absatz 1 erhalten.

Die Regelung erhöht den Anreiz für die Beschäftigten, sich impfen zu lassen, soweit dies medizinisch möglich und zumutbar ist.“

Die Regelung des § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG ist nach der Gesetzesbegründung und ihrer Zielsetzung eine Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben (vgl. BT-Drs. 19/23944, S. 37). Wer die Absonderung oder das Tätigkeitsverbot in vorwerfbarer Weise verursacht hat, soll nicht auf Kosten der Allgemeinheit

eine Entschädigung erhalten. Die Vorwerfbarkeit der Verursachung des schädigenden Ereignisses ist dann gegeben, wenn durch die Inanspruchnahme einer empfohlenen Schutzimpfung eine Absonderung deswegen hätte vermieden werden können, weil es dann nicht zu einer Infektion gekommen wäre. Es wird somit ein Ursachen- und Wirkzusammenhang hergestellt zwischen Impfung und Vermeidung der Absonderung. Eine Absonderung ist nur dann vermeidbar, wenn die Impfung eine Wirkung dergestalt zeitigt, dass durch sie die Voraussetzung für die Absonderung, nämlich die Infektion, verhindert werden kann.

In der Zusammenschau der Auslegungsmethoden darf folglich nicht alleine auf die rechtlichen Voraussetzungen für die Absonderung, wie sie sich nach den entsprechenden Corona-Verordnungen zur Absonderung ergeben, abgestellt werden, sondern es muss im Sinne einer tatsächlichen Betrachtungsweise untersucht werden, ob die öffentlich empfohlene Schutzimpfung eine Infektion hätte vermeiden können.

(2) Der Auffassung des Beklagten, § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG fordere keinen bestimmten Wahrscheinlichkeitsmaßstab der Vermeidbarkeit einer Infektion oder eine bestimmte Impfeffektivität, ist dabei nicht zu folgen.

(aa) Nach dem Wortlaut des § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG enthält eine Entschädigung nicht, wer „durch“ die Inanspruchnahme einer öffentlich empfohlenen Schutzimpfung eine Absonderung „hätte“ vermeiden können. Aus dieser Formulierung ergibt sich bereits, dass § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG einen Ursachenzusammenhang zwischen der Inanspruchnahme einer Schutzimpfung und der Vermeidung einer Absonderung herstellt. Auch das Verb „vermeiden“ weist darauf hin, dass die Impfung eine Wirksamkeit hinsichtlich der Verhinderung des Schadenseintritts (der Absonderung) zeigen muss. Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch bedeutet „vermeiden“, so zu handeln, dass etwas möglichst nicht passiert (<https://de.wiktionary.org/wiki/vermeiden>, zuletzt abgerufen am 26.02.2024).

Zum Teil wird die Auffassung vertreten, dass die Kausalität durch die gesetzliche Regelung selbst hergestellt wird, der Gesetzgeber also die Wertung getroffen habe, bei fehlender, aber möglicher Schutzimpfung dem Betroffenen die Schuld an den ihn betreffenden Folgen zuzuweisen. Das Mitverschulden durch die fehlende Impfbefolgung definiere zugleich die Kausalität. Andernfalls wäre der Ausschlusstatbestand faktisch nicht anwendbar, da sog. „Impfdurchbrüche“ bei den allermeisten Schutzimpfungen vorkämen (vgl. Meßling, in: Schlegel/Meßling/Bockholdt, COVID-19 - Corona-Gesetzgebung - Gesundheit und Soziales, 2. Aufl. 2022, § 19 Rn. 15). In eine ähnliche Richtung argumentiert der Beklagte. Er ist der Auffassung, dass § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG keinen bestimmten Wahrscheinlichkeitsmaßstab oder eine Impfeffektivität fordere, da bereits der Wortlaut so gehalten sei, dass es lediglich auf die Eignung der Impfung, die Absonderungsverpflichtung zu umgehen, ankomme. Dies sei aus der Verwendung des Verbes „können“ zu folgern. Hätte der Gesetzgeber einen bestimmten Wahrscheinlichkeitsmaßstab gefordert, hätte er auf das Verb „können“ verzichtet.

Die beiden vorgenannten Auslegungsweisen finden im Wortlaut jedoch keine Stütze. Grundlage für die Auslegung ist der gesamte Wortlaut, nicht das Herausstellen einzelner Worte, die bei isolierter Betrachtung den Bedeutungsgehalt der gesamten Vorschrift verändern können. Wie oben gezeigt, impliziert die Formulierung „durch“ Impfung „hätte vermeiden können“ auch die Wirksamkeit der Impfung zur Vermeidung des die Absonderung begründenden Ereignisses, nämlich die Infektion. Dass die Vorschrift in der Folge dann keinen Anwendungsbereich mehr hätte, ist deswegen keine zwingende Konsequenz, weil der Wortlaut („können“) gerade keine hundertprozentige Wirksamkeit einer Impfung fordert, sondern einen Spielraum für einen noch zu definierenden Wirkungsgrad lässt (vgl. Bachmann/Rung, in: Kluckert, Das neue Infektionsschutzrecht, 2. Aufl. 2021, § 15 Rn. 33). Somit führt diese Auslegung gerade nicht dazu, dass es wegen der bei jeder Schutzimpfung vorkommenden Impfdurchbrüche zu keinerlei Anwendungsfällen käme.

(bb) Die Auffassung des Beklagten, es sei bei der systematischen Auslegung des Ausnahmetatbestands an die Definition der Schutzimpfung in § 2 Nr. 9 IfSG

(„die Gabe eines Impfstoffes mit dem Ziel, vor einer übertragbaren Krankheit zu schützen“) anzuknüpfen, und hieraus abzuleiten, dass es für § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG nur auf die reine Eignung der Schutzimpfung überhaupt ankommen könne und nicht darauf, ob der Impfstoff tatsächlich schütze, verfährt nicht.

§ 56 IfSG steht im 12. Abschnitt des Infektionsschutzgesetzes unter der Überschrift „Entschädigung in besonderen Fällen“. Er enthält Tatbestandsvoraussetzungen und Ausnahmetatbestände für Entschädigungsansprüche bei Tätigkeitsverboten und Absonderungspflichten.

§ 2 Nr. 9 IfSG hingegen ist im 1. Abschnitt des Infektionsschutzgesetzes unter der Überschrift „Allgemeine Vorschriften“ verortet und enthält die gesetzliche Definition des Begriffs der „Schutzimpfung“. Die Legaldefinition wurde aus Klarstellungsgründen in das IfSG aufgenommen, weil in der Medizin dem Begriff der Impfung unterschiedliche Bedeutungsinhalte zugemessen werden (vgl. § 4 Abs. 4 AMG, Erzeugung spezifischer „Abwehr - und Schutzstoffe“). Grundsätzlich für das Begriffsverständnis im Infektionsschutzgesetz soll der immunologische Begriff der Schutzimpfung sein (s. BT-Drs. 14/2530, S. 44; zum Ganzen: Gabriel, in: BeckOK Infektionsschutzrecht, 19. Ed. 10.01.2023, § 2 IfSG Rn. 47 m.w.N.). Impfstoffe i.S.v. § 2 Nr. 9 IfSG sind Stoffe, die dem Schutz vor übertragbaren Krankheiten (i.S.v. § 2 Nr. 3 IfSG) dienen. Impfstoffe mit anderen Wirkweisen sind folglich, auch wenn sie unter den Begriff des § 4 Abs. 4 AMG fallen (z.B. Vakzine gegen Tumorerkrankungen), nicht vom Infektionsschutzgesetz umfasst (vgl. BT-Drs. 14/2530, S. 44). Von dem im Infektionsschutzgesetz verwandten (immunologischen) Begriff der Schutzimpfung werden zahlreiche Impfstoffe gegen zahlreiche Krankheitserreger umfasst, für die es ganz unterschiedliche Wirkungsgrade gibt. Darüber, ob der Wirkungsgrad der gängigen und zugelassenen Impfstoffe gegen COVID-19 für einen Ausschluss gemäß § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG ausreicht, trifft § 2 Nr. 9 IfSG jedoch keine Aussage und muss im Kontext der Norm untersucht werden, die an ihr (Nicht-)Vorliegen Rechtsfolgen knüpft.

(cc) Auch aus der Gesetzeshistorie lässt sich nicht, wie der Beklagte meint, ableiten, dass bereits die unterlassene Impfung zum Ausschluss

führt und der Gesetzgeber keinerlei Ansprüche an die Wirksamkeit einer Impfung stellen wollte (in diese Richtung auch: Meßling, in: Schlegel/Meßling/Bockholdt, COVID-19 - Corona-Gesetzgebung - Gesundheit und Soziales, 2. Aufl. 2022, § 19 Rn. 16, 19).

§ 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG wurde - zunächst als § 56 Abs. 1 Satz 3 IfSG gleichlautend - mit dem Gesetz für den Schutz vor Masern und zur Stärkung der Impfprävention (Masernschutzgesetz) vom 10.02.2020 (BGBl. I, S. 148) in das IfSG aufgenommen. Im ursprünglichen Gesetzentwurf der Bundesregierung war ein Ausschluss der Entschädigung zunächst gar nicht vorgesehen. Der Bundesrat hatte im Gesetzgebungsverfahren jedoch vorgeschlagen, die Masernimpfpflicht entschädigungsrechtlich zu berücksichtigen und im Falle des Verstoßes eine Entschädigungspflicht zu verneinen (vgl. BT-Drs. 19/13452, S. 50). Aus den weiteren Materialien des Gesetzgebungsverfahrens ergibt sich sodann, dass die später vom Bundestag verabschiedete Regelung ohne ausdrücklichen Rekurs auf die Masernimpfung - aufgrund einer Beschlussempfehlung des Gesundheitsausschusses (BT-Drs. 19/15164, S. 29) - in den Gesetzentwurf aufgenommen wurde.

Der Gesetzgeber hat den Anspruchsausschluss zwar nicht auf die Masernimpfung begrenzt, er gilt nach seinem Wortlaut damit für alle öffentlich empfohlenen Schutzimpfungen. Dies bedeutet ausweislich der Gesetzesbegründung jedoch nicht, dass keinerlei Wirksamkeit der Impfung gefordert wird. In der Gesetzesbegründung wird ausdrücklich darauf verwiesen, dass der Ausnahmetatbestand greifen soll, wenn durch die Schutzimpfung eine Absonderung hätte vermieden werden können (vgl. BT-Drs. 19/15164, S. 58, siehe bereits oben). Es ist daher davon auszugehen, dass der Gesetzgeber eine Kausalität im Sinne eines Wirksamkeitszusammenhangs zwischen Impfung und Verhinderung des schädigenden Ereignisses voraussetzen wollte, ohne den Anspruchsausschluss auf eine bestimmte Krankheit zu beschränken.

Der Blick in die Gesetzesbegründung zu § 48 BSeuchG (BT-Drs. 3/1888, S. 27), der Vorgängerregelung des § 56 IfSG, führt zu keinen anderen Erkennt-

nissen. § 48 Abs. 1 BSeuchG regelte Entschädigungsansprüche von Ausscheidern, Ausscheidungsverdächtigen oder Ansteckungsverdächtigen, sofern diese aufgrund von Verboten aus dem BSeuchG an der Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit gehindert waren und dadurch einen Verdienstaufschlag erlitten hatten. Einen § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG vergleichbaren Anspruchsausschluss enthielt § 48 BSeuchG allerdings nicht. Nach der Gesetzesbegründung stellte § 48 BSeuchG eine Billigkeitsregelung dar, mit welcher kein voller Schadensausgleich, sondern eine gewisse Absicherung der von einem Berufsverbot Betroffenen vor materieller Not bezweckt war. Da diese Personen Störer im polizeirechtlichen Sinne seien, welche vom Schicksal in ähnlicher Weise betroffen seien wie Kranke, erscheine es angezeigt, ihnen Leistungen zu gewähren, wie sie sie als Versicherte in der gesetzlichen Krankenversicherung im Krankheitsfall erhalten würden (vgl. BT-Drs. 3/1888, S. 27). Aus dieser Gesetzesbegründung lassen sich keine Hinweise zur Auslegung des Ausschlusstatbestands des § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG entnehmen. Die Gesetzesbegründung enthält auch keinerlei sonstige Anhaltspunkte für einen Anspruchsausschluss für den Fall, dass ein Tätigkeitsverbot selbstverschuldet herbeigeführt worden ist.

(dd) Sinn und Zweck des Ausnahmetatbestands gemäß § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG ist, als Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben demjenigen, der die Absonderung vorwerfbar verursacht hat und dies durch Inanspruchnahme einer Schutzimpfung hätte vermeiden können, keine Entschädigungsansprüche für den Verdienstaufschlag während einer Absonderung zu gewähren (so die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 19/15164, S. 58; s. auch Beschluss der Gesundheitsministerkonferenz vom 22.09.2021 „Neue Entschädigungsregeln bei Quarantäne“, <https://www.bundesregierung.de/breg-de/suche/entschaedigung-quarantaene-1962432>, zuletzt abgerufen am 26.02.2024). Diese Regelung soll ausdrücklich auch den Anreiz für die Beschäftigten erhöhen, sich impfen zu lassen.

Dabei wird vom Beklagten unter Verweis auf verschiedene Stimmen in der Literatur (Greiner, NZA 2022, 665, 674; Lorenzen, COVuR 2021, 722, 724; Kraibring, NZA 2021, 247, 249) vertreten, dass es auch mit Blick auf die teleologische Auslegung der Norm nicht auf die Effektivität der Impfung ankommen

könne. Eine Erhöhung des Impfanreizes könne nur erreicht werden, wenn der Anspruchsausschluss an die fehlende Befolgung einer staatlichen Impfempfehlung (und entsprechender Verfügbarkeit des Impfstoffes für die betreffende Person) geknüpft werde. Außerdem liege ein weiterer Zweck des § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG darin, dass die öffentliche Hand ihre Einstandspflicht begrenzen wolle, indem sie durch Normierung von Obliegenheiten wirksame Anreize zu gesellschaftlich erwünschtem Verhalten setze. Gesellschaftlich erwünscht sei eine COVID-19-Impfung auch, weil sich durch die Impfung - neben der Verhinderung einer Infektion - schwere Krankheitsverläufe reduzieren ließen, die Hospitalisierungen sänken und die Gefahren für die Funktionstüchtigkeit des Gesundheitssystems und die gesamte kritische Infrastruktur minimiert würden. Der Sinn und Zweck des § 56 IfSG würde ad absurdum geführt, wenn derjenige, der nicht bereit sei, die Allgemeinheit durch Inanspruchnahme einer öffentlich empfohlenen Impfung zu schützen, eine Billigkeitsentschädigung von eben jener Allgemeinheit erhalten würde.

Diese Argumentation greift aus mehrerlei Gründen zu kurz. Anknüpfungspunkt für den Leistungsausschluss ist nach Sinn und Zweck der Vorschrift die Vorwerfbarkeit des Eintritts des schädigenden Ereignisses, welche dann gegeben ist, wenn der Berechtigte durch die Inanspruchnahme der öffentlich empfohlenen Impfung die Absonderung (bzw. die zur Absonderung führende Infektion) hätte vermeiden können. Ein Unterlassen einer Impfung kann jedoch nur „vorwerfbar“ sein, wenn die Impfung auch eine (gewisse) Wirkung zeitigt, sonst kann das schädigende Ereignis durch die Impfung denklogisch und auch wertungsmäßig nicht verhindert werden. Darüber hinaus kommt es bei der Frage der Vermeidbarkeit des schädigenden Ereignisses alleine auf die Vermeidung der Infektion als Voraussetzung für die Absonderungsverpflichtung und nicht die Erreichung weiterer - wenngleich gesellschaftlich erwünschter - Ziele an. Hätte der Gesetzgeber dies gewollt, hätte er den Wortlaut der Vorschrift entsprechend anders fassen müssen. Wenn es dem Gesetzgeber (nur) auf die Schaffung von Impfanreizen angekommen wäre, hätte er den Entschädigungsausschluss nicht unter den Kausalitätsvorbehalt stellen dürfen.

Auch die von dem Beklagten bemühten Vergleiche zu der Regelung der zweiten Alternative des § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG (*„Eine Entschädigung nach den Sätzen*

1 und 2 erhält nicht, wer [...] 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.“) ändern nichts an dem Erfordernis eines „Wirksamkeitsvorbehalts“ der Impfung im Zusammenhang mit dem Ausschluss nach § 56 Abs. 1 Satz 4 1. Alt. IfSG. Der Beklagte macht geltend, dass auch der Antritt einer vermeidbaren Reise in ein Reiseland, das bereits zum Zeitpunkt der Abreise als Risikogebiet eingestuft worden sei, die Gewährung einer Billigkeitsentschädigung ausschließe und zwar unabhängig vom individuellen Ansteckungsrisiko in dem Reiseland. Auch insoweit werde das gesamtgesellschaftlich getragene Risiko zum Risiko des Einzelnen, weil dieser sich für ein risikosteigerndes Verhalten entschieden habe. Im Rückschluss bedeute dies, dass der Gesetzgeber auch an den Ausschlussgrund der Impfung keine weitere, besondere Anforderung an die Impfeffektivität habe stellen wollen. Dieser Auffassung ist allerdings entgegen zu halten, dass die beiden Fallgruppen `Vermeidbarkeit einer Absonderung mangels Inanspruchnahme einer empfohlenen Schutzimpfung´ sowie `Vermeidbarkeit einer Absonderung durch Nichtantritt einer (vermeidbaren) Reise in ein „Risikogebiet“´ bereits im Hinblick auf die Kausalität der Vermeidbarkeit nicht miteinander vergleichbar sind: Im Falle der Inanspruchnahme einer Impfung ist die Vermeidbarkeit der Absonderung an deren Wirksamkeit zur Verhinderung der Infektion geknüpft - infiziert sich ein Geimpfter trotz Impfung, ist er absonderungspflichtig -, im Falle des Nichtantritts der Reise in ein Risikogebiet tritt der Erfolg - die Vermeidung der Absonderung - alleine durch den Willensentschluss, eine Reise nicht anzutreten, ein. Zudem ist der Gesetzgeber nicht gehindert, den Entschädigungsausschluss an zwei Fallgruppen anzuknüpfen, für die er unterschiedliche Risikoeinschätzungen trifft, zumal der hier streitige ausschließlich an ein Unterlassen einer risikomindernden Maßnahme, der andere dagegen an eine aktive Risikoerhöhung anknüpft. Auch die Gesetzeshistorie spricht dafür, die beiden Ausnahmetatbestände unabhängig voneinander zu betrachten, denn der Ausschlussgrund der vermeidbaren Reise in ein Risikogebiet ist erst mit dem Dritten Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite v. 18.11.2020 (BGBl. I 2397) ergänzt worden und diene nach dem Willen des Gesetzgebers lediglich der Klarstellung, die nichts daran ändert, dass derartige Reisen auch schon in

Fällen vor Inkrafttreten der Neuregelung nach allgemeinen Grundsätzen zum Ausschluss führen können (BT-Drs. 19/23944, S. 37 und 19/24232, S. 38).

Keine andere Bewertung hinsichtlich des Erfordernisses der Wirksamkeit der öffentlich empfohlenen Schutzimpfung ergibt sich auch aus dem Vorbringen des Beklagten, dass die Bewertung der Impfeffektivität bereits mit der „öffentlichen Empfehlung“ nach umfassender Einschätzung und Auswertung aller wesentlicher wissenschaftlicher Erkenntnisse durch RKI und STIKO (vgl. § 20 IfSG) vorgenommen worden sei und daher nicht im Wege einer Auslegung zum zweiten Mal in die Norm hineingelesen werden könne. Auch diese Argumentation greift zu kurz. Wie gezeigt, kommt es für die Frage des Ausschlusses auf die Vermeidbarkeit der Infektion (und damit die Frage des Schutzes vor Transmission) als Voraussetzung für die Absonderungsverpflichtung durch Inanspruchnahme der Schutzimpfung an. Die Voraussetzungen für den Ausspruch einer öffentlichen Empfehlung einer Schutzimpfung (§ 20 Abs. 2a und Abs. 3 IfSG) hingegen orientieren sich nicht alleine am Transmissionschutz. Gemäß § 20 Abs. 2a IfSG (zum 31.03.2021 in § 20 Abs. 2a eingefügt, BGBl. 2021 I, S. 370) haben sich die Empfehlungen der STIKO zur Durchführung von Schutzimpfungen gegen SARS-CoV-2 an verschiedenen Impfzielen auszurichten, berücksichtigt werden sollen neben dem Transmissionschutz (Nr. 2) die Senkung des individuellen Krankheitsrisikos (Nr. 1, 3, 4) als auch dessen Auswirkungen auf die Auslastung des Gesundheitswesens sowie das gesamte öffentliche Leben (Nr. 5), sie sind damit das Ergebnis einer Gesamtbetrachtung. Mithin hat die STIKO-Empfehlung zur Durchführung von Schutzimpfungen gerade nicht alleine den Schutz vor Übertragung einer Krankheit im Blick, sondern davon losgelöst auch die Abmilderung der Schwere einer Krankheit und der damit einhergehenden Auswirkungen auf das öffentliche Leben.

Schließlich ergibt sich keine andere Wertung aus der Pressemitteilung des Sozialministeriums vom 02.09.2021 sowie den FAQ des Sozialministeriums, mit welchen der Bevölkerung kommuniziert worden ist, dass ein fehlender vollständiger Impfschutz zum Ausschluss des Ausgleichsanspruchs gemäß § 56 Abs. 1 Satz 1 und 2 IfSG führt. FAQ und Pressemitteilungen haben keinen normativen

Charakter. Darüber hinaus stehen diese Ankündigungen, wie gezeigt, nicht mit der gesetzlichen Regelung in Einklang.

(3) Die zum streitgegenständlichen Zeitpunkt zugelassenen und öffentlich empfohlenen Impfstoffe gegen COVID-19 genügten nicht dem anzulegenden Vermeidbarkeitsmaßstab, der zu einem Ausschluss des Entschädigungsanspruchs nach § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG führt.

(aa) Bislang in Literatur und Rechtsprechung ungeklärt ist, wie der Vermeidbarkeitsmaßstab zu bestimmen ist. Teilweise wird gefordert, dass ein Anspruchsausschluss gemäß § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG erst in Betracht kommt, wenn davon auszugehen ist, dass eine Impfung eine Infektion mit „hoher Wahrscheinlichkeit“ (vgl. Bachmann/Rung, in: Kluckert, Das neue Infektionsschutzrecht, 2. Aufl. 2021, § 15 Rn. 33), „großer Wahrscheinlichkeit“ (Krainbring, NZA 2021, 247, 248), „weit überwiegender Wahrscheinlichkeit“ (Sangs, in: Sangs/Eibenstein, IfSG, 1. Aufl. 2022, § 56 Rn. 64), „sehr hoher Wahrscheinlichkeit“ (Eckart/Kruse, in: BeckOK Infektionsschutzrecht, 19. Ed., Stand 10.01.2023, § 56 IfSG Rn. 39 f.) oder gar mit an „Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit“ (so Kümper, in: Kießling, IfSG, 3. Aufl. 2022, § 56 Rn. 28) ausgeschlossen hätte. All diesen Begrifflichkeiten ist freilich keine konkrete Bezifferung einer Impfeffektivität zu entnehmen, sie sind für die Praxis kaum handhabbar und noch weniger justiziabel.

Ausgangspunkt einer Bezifferung des Wirkungsgrades einer empfohlenen Schutzimpfung ist der von § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG geforderte „Vermeidbarkeitszusammenhang“.

Schon das Wort „vermeiden“ deutet in die Richtung, dass eine „mit an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit“ und somit ein Wirkungsgrad der Impfung von über 99% nicht gefordert werden kann (s. bereits oben Wortlautauslegung). Diese Lesart würde außerdem dazu führen, dass § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG in der Praxis keinen Anwendungsbereich finden würde, da es nach dem aktuellen Stand der Wissenschaft keine Impfung gibt, die eine derart hohe Effektivität besitzt.

Auch das Schutzniveau der Masernimpfung, deren Effektivität von 98 bis 99% (vgl. Robert Koch-Institut, Häufig gestellte Fragen zur Masernimpfung - Wirksamkeit, Sicherheit und Kontraindikationen, Stand 02.02.2024, https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/Impfen/MMR/FAQ_Uebersicht_MSG.html; zuletzt abgerufen am 26.02.2024) dem Maßstab einer „sehr hohen Wahrscheinlichkeit“ entsprechen dürfte, kann für § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG nicht gefordert werden, da der Ausnahmetatbestand gerade nicht nur an die Masernimpfung, sondern allgemein an „öffentlich empfohlene Schutzimpfungen“ anknüpft und auch im Gesetzgebungsverfahren keine hieran angelehnten näheren Konkretisierungen vorgenommen wurden (vgl. oben historische Auslegung; Bleckmann, Arbeitspflicht und Vergütungsrisiko in Zeiten der Pandemie, Berlin 2022, S. 237).

Dennoch bietet der Wirksamkeitsgrad der Masernimpfung Orientierung für die Beantwortung der Frage, ab wann eine Impfung zur Vermeidung einer Absonderung geeignet ist, da der Gesetzgeber diese bei Implementierung des Vermeidbarkeitsmaßstabs (s.o.) im Blick hatte. In der Gesetzesbegründung werden hierzu mehrere Bezüge hergestellt. Beispielsweise steht das Tätigkeitsverbot nach § 20 Abs. 9 bis 12 IfSG allein in Zusammenhang mit einer nicht erfolgten Masernimpfung, die jedoch gerade eine besonders ausgeprägte Impfeffektivität aufweist (so auch Sangs, in: Sangs/Eibenstein, IfSG, 1. Aufl. 2022, § 56 Rn. 33; vgl. VG Freiburg, Urt. v. 02.03.2023 - 10 K 664/22 - juris Rn. 33; Bleckmann, Arbeitspflicht und Vergütungsrisiko in Zeiten der Pandemie, Berlin 2022, S. 237). Folglich ist - gleichsam als eine Wahrscheinlichkeitsstufe unter der „sehr hohen Wahrscheinlichkeit“ der Impfwirksamkeit der Masernimpfung von 98 bis 99% - für § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG zumindest eine „hohe Wahrscheinlichkeit“ einer Impfeffektivität zu fordern.

Der vom Gesetz vorausgesetzte Wirksamkeitsgrad der Impfung lässt sich allerdings nicht mathematisch exakt und für alle Fallkonstellationen von vornherein zahlenmäßig genau bestimmen. Die Gesetzeshistorie mit dem Anknüpfungspunkt der Masernimpfung und deren Wirksamkeit von 98 bis 99% zeigt, dass der erforderliche Wirksamkeitsgrad hoch sein muss, um die gesetzliche Folge

des § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG auszulösen. Die Regelung ist tatbestandsmäßig jedoch nicht auf den Fall der Masernimpfung beschränkt, sondern erfasst im Grundsatz jede Schutzimpfung und daher - jedenfalls im Ausgangspunkt - auch diejenige Schutzimpfung, die nicht bereits jahrelang erprobt und fortentwickelt worden ist und auch deswegen den Wirksamkeitsgrad der Masernimpfung (noch) nicht erreicht. Daher steht ein Wirksamkeitsgrad, der hinter 98 bis 99% zurückbleibt, der Anwendung des § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG nicht entgegen. Dabei folgt aus dem Gesetzeszweck, dass derjenige nicht auf Kosten der Allgemeinheit eine Entschädigung erhalten soll, der das schädigende Ereignis in vorwerfbarer Weise verursacht hat, zugleich, dass der in § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG geforderte Wirksamkeitsgrad der Impfung den der Masernimpfung nicht deutlich unterschreiten kann. Denn eine Verursachung in vorwerfbarer Weise liegt nur vor, wenn die Schutzimpfung einen derart hohen Wirksamkeitsgrad hat, dass jeder vernünftige, wenn auch kritische, jedoch auf das Wohl der die Entschädigung finanzierenden Allgemeinheit bedachte Bürger sich für diese entscheiden kann. Daher reicht im Allgemeinen der Wirksamkeitsgrad einer Schutzimpfung von 90% und mehr aus, um die Rechtsfolge des § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG herbeizuführen, ein geringerer Wirksamkeitsgrad hingegen jedenfalls dann nicht, wenn er deutlich unter 90% liegt. Die von dem Beklagten in Bezug genommenen 72%, die bloß dem Maßstab einer „überwiegenden Wahrscheinlichkeit“ entsprechen, reichen folglich nicht aus.

(bb) Diesen Wirksamkeitsgrad erreichten die zum streitgegenständlichen Zeitpunkt zugelassenen und verabreichten Impfstoffe nicht, denn sie vermeiden nicht mit einer „hohen Wahrscheinlichkeit“ eine Infektion mit SARS-CoV-2.

Im hier entscheidungserheblichen Zeitraum November 2021 (Kalenderwoche 44 bis 48) war die sog. „Delta-Variante“ (B.1.617.2) vorherrschend, die praktisch alle Infektionen verursachte (vgl. wöchentlicher COVID-19-Lagebericht des RKI vom 25.11.2021, abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Wochenbericht/Wochenbericht_2021-11-25.pdf?__blob=publicationFile).

Das RKI teilt in dem Lagebericht vom 25.11.2021, der den hier relevanten Absonderungszeitraum abbildet, auch die Impfeffektivität mit. Zur Messung der

Impfeffektivität wendet das RKI die sog. Farrington-Screening-Methode („Estimation of vaccine effectiveness using the screening method“, International journal of epidemiology, Aug. 1993, abrufbar unter <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/8225751/>) an, hiernach wird der Anteil der Geimpften unter den symptomatischen COVID-19-Fällen zum Anteil der Geimpften in der Bevölkerung (d. h. der Impfquote) ins Verhältnis gesetzt.

„Die nach der Farrington-Methode geschätzte Impfeffektivität gegenüber einer symptomatischen COVID-19-Erkrankung lag für die vergangenen 4 Wochen (Mittelwert der KW 43 bis 46) in der Altersgruppe 12-17 Jahre bei ca. 90 %, in der Altersgruppe 18-59 Jahre bei ca. 68 % und in der Altersgruppe ≥ 60 Jahre bei ca. 65 % (zur Interpretation der Impfeffektivität siehe FAQ „Wie wirksam sind die COVID-19-Impfstoffe?“).“ [COVID-19-Lagebericht v. 25.11.2021, S. 24]

„Die Wirksamkeit der Impfung (Impfeffektivität) lässt sich mit der o.g. Screening-Methode nach Farrington schätzen. Hier sieht man zwischen KW 34 und 46 in den Altersgruppen 18-59 Jahre und ab 60 Jahre eine leicht abnehmende Effektivität gegenüber einer symptomatischen COVID-19-Erkrankung von etwa 80 % auf unter 70 %. Dies könnte für eine Abnahme der Schutzwirkung über die Zeit sprechen, da in der Bevölkerung der Anteil derjenigen wächst, die vor mehr als sechs Monaten geimpft wurden. Die in unseren Analysen dargestellte anhaltend hohe Impfeffektivität gegen schwere Verläufe (Hospitalisierung, Intensivbehandlung oder Tod) zeigt jedoch, dass vollständig geimpfte Personen weiterhin sehr gut gegen einen hospitalisationsbedürftigen oder tödlichen Verlauf geschützt sind. Unter den insgesamt 1.973 Fällen von Impfdurchbrüchen, die zwischen KW 5 und 46 verstorben sind, waren 1.385 (70 %) 80 Jahre und älter.“ [S. 26]

„Zusammengefasst bestätigen die nach Impfstatus dargestellten Inzidenzen, die Anzahl und Verteilung der Impfdurchbrüche sowie die nach der Screening-Methode geschätzte Wirksamkeit der eingesetzten Impfstoffe die hohe Wirksamkeit der COVID-19-Impfung aus den klinischen Studien. Im zeitlichen Verlauf ist jedoch zunehmend eine Abnahme der Impfeffektivität zu beobachten.“ [S. 27]

Zu beachten ist dabei, dass das RKI die Impfeffektivität nur in Bezug auf die Verhinderung symptomatischer COVID-19-Fälle misst. Asymptomatische Infektionsfälle werden statistisch vom RKI nicht als Impfdurchbrüche erfasst. Aufgrund des durchaus signifikanten Anteils asymptomatischer SARS-CoV-2-Infektionen ist davon auszugehen, dass die Effektivität der Impfung im Hinblick auf die Verhinderung der Infektion noch unter den vom RKI im Wochenbericht vom 25.11.2021 mitgeteilten Zahlen von „unter 70%“ liegt. Einer vielbeachteten

Studie zufolge, in der 95 Studien bis Februar 2021 zu Testresultaten ausgewertet wurden, lag der Anteil der asymptomatischen Infektionen bei ca. 29 Mio. Testfällen bei ca. 0,25%. In der Gruppe aller positiv Getesteten machten die asymptomatisch Infizierten ca. 40 % aus (vgl. Qiuyue Ma et. al., JAMA Netw Open v. 14.12.2021, abrufbar unter <https://jamanetwork.com/journals/jamanetworkopen/fullarticle/2787098>).

Daher ist im Hinblick auf die Vermeidung der reinen Infektion, welche für die Frage der Anwendbarkeit des § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG maßgeblich ist, nicht davon auszugehen, dass die öffentlich empfohlene Schutzimpfung mit „hoher Wahrscheinlichkeit“ die Absonderung verhindert hätte. Hiervon zu unterscheiden ist die Einschätzung des RKI, dass die Impfung eine „hohe Wirksamkeit“ im Hinblick auf Vermeidung schwerer Krankheitsfälle und Hospitalisierungen zeitigte.

Darüber hinaus ist bereits im zitierten Wochenbericht des RKI vom 25.11.2021 angedeutet, dass das durch die Grundimmunisierung erreichte Schutzniveau binnen weniger Monate wieder rasch abfiel und ein langfristiger Schutz vor Infektion nicht zu erreichen war. Folgerichtig hat die STIKO sodann im Herbst 2021 eine Auffrischungsimpfung empfohlen, um den vermehrt auftretenden Impfdurchbrüchen entgegenzuwirken (vgl. 14. Aktualisierung der COVID-19-Impfempfehlung vom 29.11.2021, RKI, Epidemiologisches Bulletin 48/21 v. 02.12.2021, abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Archiv/2021/Ausgaben/48_21.pdf?__blob=publicationFile). Auch dies belegt, dass die (zweimalige) Schutzimpfung zum entscheidungserheblichen Zeitpunkt jedenfalls nicht mit hoher Wahrscheinlichkeit gegen eine Infektion schützte.

Gestützt wird die Einschätzung des RKI durch zahlreiche Studien zur Impfstoffwirksamkeit, die vom Wissenschaftlichen Dienst des Deutschen Bundestags unter dem Titel „Impfdurchbrüche und Wirksamkeit von Impfstoffen gegen COVID-19“ (Stand 25.11.2021, WD 9 - 3000 - 095/21) ausgewertet wurden. Aus sämtlichen dort in Bezug genommenen Studien (z.B. Bernal et al., „Effectiveness of Covid-19 Vaccines against the B.1.617.2 (Delta) Variant“ v. 12.08.2021, abrufbar unter

<https://www.nejm.org/doi/full/10.1056/nejmoa2108891#:~:text=In%20the%20t%20est%2Dnegative%20case,was%20approximately%2088%25%20with%20two>) geht hervor, dass die Zahl der Impfdurchbrüche im Laufe des Sommers 2021 ungefähr auf das vom RKI im zitierten Wochenbericht benannte Niveau gestiegen ist, wobei mehrfach betont wird, dass durch eine vollständige Impfung erfolgreich schwere Verläufe, Hospitalisierungen und Todesfälle verhindert werden. Zum gleichen Ergebnis kommt eine Studie von Goldberg et al. („Waning Immunity after the BNT162b2 Vaccine in Israel. *New Engl J Med.* 2021; <https://doi.org/10.1056/NEJMoa2114228>), die zeigt, dass nach wenigen Monaten der Impfeffekt gegen die Delta-Variante in allen Altersgruppen ähnlich stark abnimmt und nach vier Monaten wieder Inzidenzen wie vor der zweiten Impfdosis zu verzeichnen waren. Einzelne Studien kamen hinsichtlich eines Infektionsschutzes einer Zweifachimpfung zumindest für den Impfstoff von BioNTech im Untersuchungszeitraum Mai bis August 2021 in Großbritannien zu einer Wirksamkeit von 80%, für Moderna im Zeitraum von Januar bis Juli 2021 in den USA auf 86,7% (zitiert nach „Bericht über die Erstellung einer strukturierten Literaturrecherche zur Rolle der Geimpften am SARS-CoV-2-Pandemiegeschehen“ v. 31.10.2021 m.w.N., abrufbar unter https://sozialministerium.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/m-sm/intern/downloads/Downloads_Gesundheitsschutz/Corona_Bericht_Literaturstudie_Impfeffektivitaet.pdf), jedoch ist auch hier zu beachten, dass ein Querschnitt der Wirksamkeit der verschiedenen zugelassenen und empfohlenen Impfstoffe gebildet werden müsste, zumal die Schutzwirkung von AstraZeneca und beispielsweise Johnson um einiges hinter den Werten der mRNA-Impfstoffe lag und dass das hohe Schutzniveau rasch wieder abfiel.

Daher genügt die Wirksamkeit der zum entscheidungserheblichen Zeitpunkt zugelassenen und öffentlich empfohlenen Impfstoffe gegen COVID-19 den Anforderungen des Ausschlussstatbestandes nach § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG nicht, da die Absonderung durch die Inanspruchnahme der Schutzimpfung nicht mit hoher Wahrscheinlichkeit hätte vermieden werden können.

4. Der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch auf Entschädigung war auch der Höhe nach gerechtfertigt.

Die Höhe der Entschädigung ergibt sich aus § 56 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 und § 57 Abs. 1 Satz 1, 3 und 4 HS 2, Abs. 2 Satz 2 IfSG in den jeweils geltenden Fassungen. Sie richtet sich nach dem Verdienstaussfall zuzüglich der abzuführenden Sozialversicherungsbeiträge. Als Verdienstaussfall gilt das Arbeitsentgelt, das dem Arbeitnehmer bei der für ihn maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit zusteht, vermindert um Steuern und Sozialversicherungsbeiträge (Netto-Arbeitsentgelt). Erstattet werden dem Arbeitgeber nur die ausgezahlten Beträge (§ 56 Abs. 5 Satz 3 IfSG).

Die Klägerin hat eine Entschädigung für den Verdienstaussfall von acht Arbeitstagen mit einer Arbeitszeit von jeweils 7,0 Stunden bei einem Stundenlohn von 10,69 EUR beantragt. Das Brutto-Arbeitsentgelt der Klägerin für den Zeitraum vom 17.11.-19.11. und vom 22.11. bis 26.11.2021 betrug daher 598,64 EUR (vgl. Berechnung Bl. 8 der Verwaltungsakte des Beklagten). Aus dem Brutto-Entgelt sind die arbeitnehmer- und arbeitgeberseitigen Sozialversicherungsbeiträge zu berechnen. Je zur Hälfte von Arbeitnehmer und Arbeitgeber ist der Beitrag zur Arbeitslosenversicherung von gesamt 2,6 % (§§ 341 Abs. 2, 346 Abs. 1 SGB III), der Beitrag zur gesetzlichen Krankenversicherung von gesamt 14,6 % (§§ 241, 249 Abs. 1 Satz 1 SGB V), der Beitrag zur gesetzlichen Rentenversicherung von gesamt 18,6 % (§ 158 SGB VI i.V.m. der Beitragssatzbekanntmachung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, BGBl. 2020 I, 2764; § 168 Abs.1 Nr. 1 SGB VI) und zur sozialen Pflegeversicherung von gesamt 3,05 % (§§ 55, 58 Abs. 1 Satz 1 SGB XI) zu tragen. Die Umlage U2 (§ 7 AAG, 0,69 % vgl. <https://www.aok.de/fk/bw/tools/weitere-inhalte/beitraege-und-rechengroessen-der-sozialversicherung/umlage-und-erstattungs-saetze/werte-2021/>) sowie der Insolvenzbeitrag (Umlage U 3 von 0,12 %, §§ 360, 358 Abs. 1 und 2 SGB III) von insgesamt 0,81 % sind alleine vom Arbeitgeber zu tragen.

Hieraus errechnen sich Sozialversicherungsbeiträge i.H.v. 118,96 EUR für die Arbeitnehmerin und 123,83 EUR für die Arbeitgeberin, folglich ein Gesamtbeitrag i.H.v. 242,79 EUR.

Der Nettolohn der Arbeitnehmerin der Klägerin beträgt nach Abzug der arbeitnehmerseitigen Sozialversicherungsbeiträge (118,96 EUR) sowie der steuerlichen Abzüge (122,44 EUR) vom Bruttolohn (598,64 EUR) 357,24 EUR.

Zu dem Nettolohn sind die gesamten Sozialversicherungsbeiträge i.H.v. 242,79 EUR zu addieren, woraus sich ein Gesamterstattungsbetrag von 600,03 EUR ergibt.

5. Der Anspruch auf Zahlung von Rechtshängigkeitszinsen ergibt sich aus einer entsprechenden Anwendung der §§ 291, 288 Abs. 1 Satz 2, 187 Abs. 1 BGB ab dem auf die Rechtshängigkeit folgenden Tag (vgl. § 90 VwGO). Die Höhe war aufgrund des Antrags der Klägerin auf fünf Prozentpunkte beschränkt.

6. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO.

7. Die Revision ist wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache (§ 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) zuzulassen. Die Auslegung des § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG ist in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts noch nicht geklärt und hat über den Einzelfall hinaus Bedeutung.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen das Urteil steht den Beteiligten die Revision an das Bundesverwaltungsgericht zu.

Die Revision ist bei dem Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Mannheim, innerhalb eines Monats nach Zustellung dieses Urteils einzulegen. Die Revisionsfrist ist auch gewahrt, wenn die Revision innerhalb der Frist bei dem Bundesverwaltungsgericht, Leipzig, eingelegt wird.

Die Revision muss das angefochtene Urteil bezeichnen.

Die Revision ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils zu begründen. Die Begründung ist bei dem Bundesverwaltungsgericht, Leipzig, einzureichen.

Die Begründung muss einen bestimmten Antrag enthalten, die verletzte Rechtsnorm und, soweit Verfahrensmängel gerügt werden, die Tatsachen angeben, die den Mangel ergeben.

Für das Revisionsverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht müssen sich die Beteiligten, außer in Prozesskostenhilfverfahren, durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eingeleitet wird. Als Bevollmächtigte sind nur Rechtsanwälte oder Rechtslehrer an einer staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschule eines Mitgliedstaats der Europäischen Union, eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz, die die Befähigung zum Richteramt besitzen, zugelassen. Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse können sich durch eigene Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt oder durch Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt anderer Behörden oder juristischer Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse vertreten lassen.

Vor dem Bundesverwaltungsgericht sind auch die in § 67 Abs. 2 Satz 2 Nr. 5 VwGO bezeichneten Organisationen einschließlich der von ihnen gebildeten juristischen Personen gemäß § 67 Abs. 2 Satz 2 Nr. 7 VwGO als Bevollmächtigte zugelassen, jedoch nur in Angelegenheiten, die Rechtsverhältnisse im Sinne des § 52 Nr. 4 VwGO betreffen, in Personalvertretungsangelegenheiten und in Angelegenheiten, die in einem Zusammenhang mit einem gegenwärtigen oder früheren Arbeitsverhältnis von Arbeitnehmern im Sinne des § 5 des Arbeitsgerichtsgesetzes stehen, einschließlich Prüfungsangelegenheiten. Die in § 67 Abs. 4 Satz 5 VwGO genannten Bevollmächtigten müssen durch Personen

mit der Befähigung zum Richteramt handeln. Ein Beteiligter, der nach Maßgabe des § 67 Abs. 4 Satz 3, 5 und 7 VwGO zur Vertretung berechtigt ist, kann sich selbst vertreten.

Prof. Dr. Graßhof

Dr. Kloster

Dr. Axer

Beschluss vom 26. Februar 2024

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 600,03 EUR festgesetzt (§ 52 Abs. 3 Satz 1 GKG).

Der Beschluss ist unanfechtbar.

Prof. Dr. Graßhof

Dr. Kloster

Dr. Axer