

**Rechtsgutachten zur Impfung nach STIKO
als Voraussetzung für die Aufnahme in einer
Kindertagesstätte
in privater Trägerschaft in Brandenburg
und zum Datenschutz**

von Rechtsanwältin Barbara Jöstlein, Aschaffenburg

September 2016

Übersicht

Einleitung	4
A. Gesetzliche Rahmenbedingungen zur Impfpflicht und zum Datenschutz	5
I. Impfpflicht	5
1. Bundesrecht	5
2. Landesrecht	5
II. Datenschutz	6
1. Bei Erstaufnahme	6
2. Während des Besuchs der Einrichtung	7
a) Reihenuntersuchung	7
b) Datenverarbeitung	7
3. Vertragliches Recht zur Impfpasskontrolle	8
B. Anspruch auf Aufnahme in der privaten Kindertageseinrichtung	9
I. Anspruch aus dem Vertrag zwischen Kita-Träger und Träger der Jugendhilfe	9
II. Gesetzlicher Anspruch auf Aufnahme	9
1. Grundsatz Vertragsfreiheit	9
2. Ausnahme Kontrahierungszwang	10
a) Gesetzlich geregelter Abschlusszwang	10
b) Abschlusszwang für besondere Fallgruppen	11
aa) Versorgung mit Krankenhäusern	11
bb) Versorgung mit Kinderbetreuungseinrichtungen	13
cc) Sonderregelung § 16 Abs. 1 S. 4 KitaG	14

III. Anspruch auf Gleichbehandlung bei der Entscheidung über die Aufnahme	15
1. Diskriminierungsverbote gemäß KitaG	15
2. Diskriminierungsverbote nach dem AGG	15
3. Diskriminierungsverbot nach Art. 3 Abs. 1 GG	16
a) Handeln privater Institutionen ohne öffentliche Beteiligung	16
b) Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch Private	17
aa) Rein formelle Privatisierung	17
bb) Funktionale und materielle Privatisierung	18
C. Wirksamkeit der vertraglichen Vereinbarung zur Vornahme der Impfungen	21
I. Sittenwidrigkeit der Vereinbarung	21
1. Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG	22
2. Verstoß gegen Art. 2 Abs. 2 GG	22
a) Einwilligung in ärztlichen Eingriff	23
b) Selbstverpflichtung zum ärztlichen Eingriff	24
c) Zusätzliche zu missbilligende Gesichtspunkte	24
II. Unwirksamkeit der Vereinbarung nach § 307 BGB	26
1. Abweichung von Grundgedanken der einfach-gesetzl. Regelung	28
2. Abweichung von verfassungsrechtlichen Grundgedanken	29
a) § 307 BGB und Grundrechte	29
b) Schutzgut körperliche Unversehrtheit und diesbezügliches Selbstbestimmungsrecht	31
c) Bedeutung des Betreuungsplatzes	34
d) Interessen der Kindertageseinrichtung und Schutzgüter-abwägung	34
D. Zusammenfassung	36

Einleitung

Ausgangspunkt der Gutachtenerstellung ist ein Vertrag über die Betreuung eines Kindes in einer Kindertagesstätte in Potsdam. Die Betreuungseinrichtung wird von einer privaten gGmbH betrieben, sie wird im Folgenden als „Träger-gGmbH“ bezeichnet.

Die Betreuungseinrichtung macht einen „ausreichenden Impfschutz der Kinder (Empfehlung STIKO)“ zur Voraussetzung für den Besuch der Einrichtung. Der seitens der Einrichtung vorformulierte Betreuungsvertrag sieht unter § 1 (Aufnahme des Kindes) folgende Regelung vor:

„Wir legen Wert auf einen ausreichenden Impfschutz der Kinder (Empfehlung STIKO). Dieser ist Voraussetzung für den Besuch der Einrichtung.“

Grundlage der Gutachtenerstellung waren folgende Fragestellungen:

- Wie sieht es mit dem Datenschutz aus, wenn Kita-Mitarbeiter die Impfpässe kontrollieren dürfen?
- Wie relevant ist der Vertrag, den der Kita-Träger mit der Stadt hat?
- Ist der Betreuungsvertrag eventuell sittenwidrig?
- Welche Möglichkeiten gibt es juristisch einzuwickeln, wenn Eltern, die den Betreuungsvertrag bereits unterschrieben haben, jetzt keine Impfungen mehr durchführen lassen wollen?

Folgende weitere, sich anschließende Fragestellungen werden in einem Ergänzungsgutachten behandelt:

- Haftungsfrage bei Impfschaden (haftet der Träger der Kita dann)?
- Können die Eltern einen Babysitter anheuern und die Rechnung an das Land Brandenburg oder an die Stadt Potsdam schicken?
- Kann die Argumentation „Impfschutz ist nicht gleich Immunschutz“ greifen?

A. Gesetzliche Rahmenbedingungen zur Impfpflicht und zum Datenschutz

I. Impfpflicht

1. Bundesrecht

Das Bundesrecht schreibt eine Impfpflicht nicht vor.

§ 34 Absatz 10a Infektionsschutzgesetz (IfSG) regelt lediglich, dass bei einer Erstaufnahme in einer Kindertageseinrichtung ein Beratungsnachweis erbracht werden muss. § 34 Absatz 10a IfSG lautet:

Bei der Erstaufnahme in eine Kindertageseinrichtung haben die Personensorgeberechtigten gegenüber dieser einen schriftlichen Nachweis darüber zu erbringen, dass zeitnah vor der Aufnahme eine ärztliche Beratung in Bezug auf einen vollständigen, altersgemäßen, nach den Empfehlungen der Ständigen Impfkommission ausreichenden Impfschutz des Kindes erfolgt ist.

Wird der Nachweis nicht erbracht, kann das Gesundheitsamt die Personensorgeberechtigten zu einer Beratung laden. Weitergehende landesrechtliche Regelungen bleiben unberührt.

2. Landesrecht

Auch die Gesetze des Landes Brandenburg verpflichten nicht zur Impfung vor Aufnahme in einer Kindertagesstätte.

§ 11 Absatz 2 brandenburgisches Kindertagesstättengesetz (KitaG) sieht allerdings eine verpflichtende Aufnahmeuntersuchung vor, die die Überprüfung des Impfstatus beinhaltet:

Jedes Kind muss, bevor es erstmalig in Kindertagesbetreuung aufgenommen wird, ärztlich untersucht werden.

Eine Aufnahme erfolgt nur, wenn gesundheitliche Bedenken nicht bestehen. Im Rahmen der Aufnahmeuntersuchung wird der Impfstatus überprüft und eine Schließung von Impflücken angeboten.

II. Datenschutz

1. Bei Erstaufnahme

Weder Bundesrecht noch brandenburgisches Landesrecht sehen eine Pflicht vor, den Impfpass der Kindertageseinrichtung vorzulegen oder der Kindertageseinrichtung Auskunft über den Impfstatus zu erteilen.

Die Aufnahmeuntersuchung, die nach § 11 Absatz 2 KitaG vorgeschrieben ist, kann von einem Arzt der Wahl durchgeführt werden.

Weder § 11 Absatz 2 KitaG noch das brandenburgische Gesundheitsdienstgesetz (GDG) regeln, dass die Erstaufnahmeuntersuchung durch den Amtsarzt durchgeführt werden muss.

§ 11 Absatz 1 KitaG sieht zwar vor, dass der Träger der Einrichtung den öffentlichen Gesundheitsdienst in Bezug auf Vorsorgeangebote, ärztliche Untersuchungen und Überprüfung des Impfstatus unterstützt. § 11 Absatz 2 KitaG regelt dann aber nur, dass eine *ärztliche* Untersuchung vor der Aufnahme vorgenommen werden muss, nicht dass diese durch den öffentlichen Gesundheitsdienst zu erfolgen hat.

Der untersuchende Arzt ist an die ärztliche Schweigepflicht gebunden und nicht berechtigt, die Ergebnisse der Untersuchung weiterzugeben.

Zur Erfüllung des § 11 Absatz 2 KitaG reicht es aus, wenn der untersuchende Arzt den Sorgeberechtigten eine Bestätigung ausstellt, wonach die Untersuchung einschließlich der Überprüfung des Impfstatus und des Angebots der Schließung von Impflücken durchgeführt wurde und dass keine gesundheitlichen Bedenken bezüglich der Aufnahme in der Kindertageseinrichtung bestehen.

Für die Anforderung des Impfstatus durch die Kita bei der Aufnahme gibt es keine gesetzliche Grundlage.

2. Während des Besuchs der Betreuungseinrichtung

a) Reihenuntersuchung

Nach § 6 Absatz 2 GDG wird eine amtsärztliche Reihenuntersuchung bei allen Kindern im Alter vom 30. bis 42. Lebensmonat durchgeführt und hierbei auch der Impfstatus überprüft und nach Zustimmung der Sorgeberechtigten ergänzt. § 6 Absatz 2 GDG lautet:

Die Landkreise und kreisfreien Städte untersuchen zur Prävention und Früherkennung von Krankheiten, Entwicklungsstörungen oder Behinderungen alle Kinder im Alter von 30. bis 42. Lebensmonat. Diese Untersuchung wird für Kinder in Tagesbetreuung grundsätzlich in der Kindertagesstätte durchgeführt.

(...)

Bei den Untersuchungen ist der Impfstatus zu überprüfen und nach Zustimmung der Sorgeberechtigten zu ergänzen. Die Ergebnisse der Untersuchungen sind den Sorgeberechtigten mitzuteilen.

(...)

Eine Mitteilung des Ergebnisses der Untersuchungen einschließlich Impfstatus an die Kindertagesstätte ist in § 6 Absatz 2 GDG nicht vorgesehen.

b) Datenverarbeitung

§ 16 Absatz 2 GDG regelt den Grundsatz, dass die im öffentlichen Gesundheitsdienst tätigen Personen fremde Geheimnisse und personenbezogene Daten, die ihnen bei ihrer Tätigkeit anvertraut oder sonst bekannt werden, nicht offenbaren dürfen.

Allerdings sehen die Absätze 4 und 5 des § 16 GDG vor, dass eine Verarbeitung von personenbezogenen Daten unter bestimmten Voraussetzungen zulässig ist. Nicht verarbeiten darf der Gesundheitsdienst Daten, die bei einer freiwilligen Inanspruchnahme einer Beratung erhoben wurden. Bei Pflichtuntersuchungen, wie der vorgenannten Reihenuntersuchung, erhobene Daten dürfen hingegen grundsätzlich verarbeitet werden.

Das Verarbeiten von Daten beinhaltet nach der Definition des § 3 Absatz 2 des brandenburgischen Datenschutzgesetzes (DSG) auch das Übermitteln personenbezogener Daten. Das Übermitteln von Daten stellt demnach unter gewissen Voraussetzungen keine unzulässige Offenbarung von Daten im Sinne des § 16 Absatz 2 GDG dar.

§ 16 Absatz 5 GDG regelt die Übermittlung von personenbezogenen Daten außerhalb des öffentlichen Bereichs, also auch die Übermittlung an eine private Kindertageseinrichtung. Diese ist hiernach nur zulässig, soweit

1. *dies zur Unterrichtung von Personen, denen die gesetzliche Vertretung der betroffenen Person obliegt, erforderlich ist,*
2. *die betroffene Person eingewilligt hat oder*
3. *dies zur Erfüllung von Aufgaben nach diesem Gesetz erforderlich ist.*

Nach § 1 Absatz 2 Ziff. 1 GDG gehört der Infektionsschutz zu den Aufgaben des öffentlichen Gesundheitsdienstes. Es stellt sich die Frage, ob die Weitergabe des Impfstatus an die Kindertageseinrichtung zur Erfüllung dieser Aufgabe des öffentlichen Gesundheitsdienstes erforderlich und damit zulässig ist.

Der Umfang der Aufgabe des Infektionsschutzes bestimmt sich primär nach dem IfSG. Dort ist die Erhebung des Impfstatus während der Betreuung in einer Kindertageseinrichtung als Infektionsschutzmaßnahme nicht vorgesehen. Im Rahmen der Aufgabenerfüllung nach dem IfSG ist die Weitergabe des Impfstatus daher nicht erforderlich und nicht zulässig.

Im GDG selbst ist in § 3 Absatz 3 zu Impfungen nur geregelt:

Die Träger des Öffentlichen Gesundheitsdienstes wirken in Zusammenarbeit mit anderen Leistungsträgern auf einen umfassenden Impfschutz der Bevölkerung hin. Sie fördern die Durchführung öffentlich empfohlener Schutzimpfungen und können diese subsidiär auf der Grundlage von Verträgen mit Kosten- und Leistungsträgern durchführen.

Zur Erfüllung dieser Aufgabe ist es nicht erforderlich, den Impfstatus an die Kindertageseinrichtung weiter zu geben. Die Sorgeberechtigten entscheiden über die Durchführung von Impfungen und sind daher insoweit der Ansprechpartner des Gesundheitsamtes. Die Weitergabe der Information an die Sorgeberechtigten ist zur Aufgabenerfüllung ausreichend.

3. Vertragliches Recht zur Impfpasskontrolle

Auch ein vertragliches Recht der Kita die Impfpass zu kontrollieren besteht nicht. Ausdrücklich ist hierzu im Betreuungsvertrag nichts geregelt. Ein Kontrollrecht könnte aber als Nebenpflicht zur vertraglichen Impfpflicht bestehen.

Da die Vereinbarung der Impfpflicht aber nach § 307 BGB unwirksam ist (siehe unten C. II.) besteht auch kein vertragliches Recht der Kita in den Impfpass Einsicht zu nehmen.

B. Anspruch auf Aufnahme in der privaten Kindertageseinrichtung

I. Anspruch aus dem Vertrag zwischen Kita-Träger und Träger der Jugendhilfe

Der Vertrag zwischen Kita-Träger und Träger der Jugendhilfe könnte eine Verpflichtung der Einrichtung vorsehen, grundsätzlich alle Kinder aufnehmen zu müssen. Aus einer solchen Regelung könnte sich ein Anspruch eines jeden Kindes auf Aufnahme herleiten, sog. Vertrag zugunsten Dritter, § 328 BGB i.V.m. § 62 VwVfG.

Ob im konkreten Fall ein solcher vertraglicher Anspruch der Betroffenen besteht, kann nur in Kenntnis und Auslegung des Vertrages zwischen dem Träger der Kita und dem Träger der Jugendhilfe beantwortet werden.

II. Gesetzlicher Anspruch auf Aufnahme

1. Grundsatz Vertragsfreiheit

Bei der Kindertagesstätte der „Träger-gGmbH“ handelt es sich um eine Einrichtung in privater Trägerschaft. Der Abschluss der Betreuungsverträge unterliegt daher dem Privatrecht (Zivilrecht) und nicht dem öffentlichen Recht.

Im Bereich des Privatrechts gilt die Privatautonomie, welche die Vertragsfreiheit umfasst (v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 6. A., Art. 2, Rn. 145). Die Privatautonomie ergibt sich aus der grundgesetzlich geschützten sog. allgemeinen Handlungsfreiheit, Art. 2 Absatz 1 GG (v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 6. A., Art. 2, Rn. 8).

Vertragsfreiheit bedeutet, dass Privatpersonen, einschließlich private juristische Personen, wie eine gGmbH, im Rahmen des gesetzlich Erlaubten frei darüber entscheiden können, ob und mit wem sie einen Vertrag abschließen und welchen Inhalt der Vertrag haben soll.

Eine private Kindertageseinrichtung ist daher grundsätzlich nicht verpflichtet, ein Kind in die Betreuungseinrichtung aufzunehmen und einen Betreuungsvertrag abzuschließen. Die Einrichtung kann einen Vertragsabschluss a priori nach ihrem Belieben ablehnen.

Sie ist deshalb bei dem Abschluss von Betreuungsverträgen auch grundsätzlich nicht zur Gleichbehandlung der Bewerber nach Art. 3 Absatz 1 GG verpflichtet.

Eine private Einrichtung ist - anders als eine öffentliche Einrichtung - nicht unmittelbar an die Grundrechte gebunden. Die Grundrechte binden lediglich die Gesetzgebung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht, Art. 1 Absatz 3 GG.

Die durchgängige Geltung des Gleichheitssatzes im Privatrechtsverkehr würde nämlich die Freiheit der Privatrechtssubjekte aushöhlen und damit das Privatrecht illusorisch machen (v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 6. A., Art. 3, Rn. 291 mwN).

Die Privatautonomie ist allerdings in verschiedener Hinsicht gesetzlich oder durch die Rechtsprechung eingeschränkt worden. Aus diesen Einschränkungen kann sich ausnahmsweise ein Zwang zum Abschluss eines Vertrages oder ein Diskriminierungsverbot beim Abschluss von Verträgen ergeben.

2. Ausnahme Kontrahierungszwang

a) Gesetzlich geregelter Abschlusszwang

Für bestimmte Bereiche der Daseinsvorsorge ist gesetzlich ein sog. Kontrahierungszwang vorgeschrieben. Dies gilt z.B. für Strom- und Gasanbieter, Personentransportunternehmen und die Post, welche Verträge mit potentiellen Kunden abschließen müssen (Palandt, BGB, Kommentar, 75. A., Einf v § 145, Rn. 8)

Für Krankenhäuser gibt es zwar keinen bundesweit geregelten Kontrahierungszwang, in einigen Krankenhausgesetzen der Länder ist ein solcher aber vorgesehen (Terbille/Clausen/Schroeder-Prinzten, Medizinrecht, 2. A., § 11, Rn. 199).

Ein Kontrahierungszwang für Kindertagesstätten ist gesetzlich nicht geregelt.

b) Abschlusszwang für besondere Fallkonstellationen

Über diese gesetzlich geregelten Fälle hinaus wird in Literatur und Rechtsprechung ein allgemeiner Kontrahierungszwang für bestimmte Fallkonstellationen bejaht. Die Einzelheiten der Herleitung des allgemeinen Kontrahierungszwangs und dessen Voraussetzungen im Einzelfall sind in Literatur und Rechtsprechung umstritten (vgl. hierzu Urteil des BGH vom 09.11.1989, IX ZR 269/87).

Ein Abschlusszwang wird bejaht, wenn es sich um ein Unternehmen handelt, das eine Monopolstellung innehat oder aber eine erhebliche wirtschaftliche und soziale Machtstellung besitzt und der Bewerber zur Verfolgung oder Wahrung wesentlicher Interessen auf die Mitgliedschaft angewiesen ist (vgl. BGH a.a.O).

Eine Monopolstellung oder erhebliche wirtschaftliche und soziale Machtstellung der in Frage stehenden konkreten Kindertageseinrichtung liegt nicht vor, es gibt in Potsdam eine Vielzahl an Betreuungseinrichtungen. Ein Kontrahierungszwang ist hiermit nicht zu begründen.

In der Literatur wird vertreten, dass ein Kontrahierungszwang auch dann besteht, wenn es sich um einen Anbieter handelt, der von der öffentlichen Hand betrieben wird, um eine Versorgungsaufgabe wahrzunehmen, deren Erfüllung nach heutiger Auffassung der Allgemeinheit obliegt (vgl. die Verweise in BGH vom 09.11.1989, IX ZR 269/87).

Die Kindertageseinrichtung wird vorliegend nicht von der öffentlichen Hand betrieben, hiernach kommt daher ebenfalls kein Kontrahierungszwang in Betracht.

Es stellt sich die Frage, ob auch Einrichtungen, die zwar von privaten Trägern betrieben werden aber öffentliche Aufgaben wahrnehmen, einem Abschlusszwang unterliegen.

Rechtsprechung und Literatur zu der Frage, ob private Kindertagesstätten einem Abschlusszwang unterliegen, stehen derzeit soweit ersichtlich nicht zur Verfügung.

Es wird daher im Folgenden zunächst die vorhandene Rechtsprechung und Literatur zum Thema Abschlusszwang von privat getragenen Krankenhäusern erörtert und ausgewertet.

aa) Versorgung mit Krankenhäusern

In einer Entscheidung vom 09.11.1989 hatte der Bundesgerichtshof zu entscheiden, ob ein Krankenhaus in privater Trägerschaft dazu verpflichtet ist, Wahlleistungen allgemein zur Verfügung zu stellen. Hinsichtlich der medizinischen Grundversorgung (allgemeine

Krankenhausleistungen) ist der Abschlusszwang in einigen Ländern gesetzlich vorgeschrieben, nicht aber in Bezug auf Wahlleistungen.

Der BGH ließ die Frage, ob Krankenhäuser generell – auch wenn keine gesetzliche Regelung vorhanden ist – einem Kontrahierungszwang unterliegen, ausdrücklich unentschieden, mit der Begründung, bei Wahlleistungen handele es sich ohnehin um über den Normalbedarf eines durchschnittlichen Krankenhausbenutzers hinausgehende Leistungen. Im Hinblick auf Wahlleistungen bestehe deshalb jedenfalls kein allgemeiner Kontrahierungszwang für Krankenhäuser.

Ob ein Kontrahierungszwang im Hinblick auf Leistungen der Grundversorgung anzunehmen ist, weil das Krankenhaus insoweit eine öffentliche Aufgabe wahrnimmt, hat der Bundesgerichtshof in dieser älteren Entscheidung aus dem Jahr 1989 ausdrücklich offen gelassen.

Neuere Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zu dieser Thematik sind soweit ersichtlich nicht ergangen.

In der Literatur wird weitgehend ein Kontrahierungszwang auch für Krankenhäuser in privater Trägerschaft bejaht, soweit die Grundversorgung betroffen ist und es sich um Plankrankenhäuser handelt (Terbille/Clausen/Schroeder-Prinzten, Medizinrecht, 2. A., § 11, Rn. 200 und die dortigen Verweise; so auch die Verweise in BGH vom 09.11.1989, IX ZR 269/87).

Plankrankenhäuser sind Krankenhäuser, die in den Krankenhausplan eines Landes aufgenommen sind und nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz (KHG) öffentlich gefördert werden. Die Sicherung der bedarfsgerechten Krankenhausversorgung der Bevölkerung mit leistungsfähigen, eigenverantwortlich wirtschaftenden Krankenhäusern ist als öffentliche Aufgabe in § 1 Absatz 1 KHG geregelt.

Der Abschlusszwang der Plankrankenhäuser wird damit begründet, dass die Plankrankenhäuser in den öffentlichen Krankenhausplan eingebunden sind und zu Lasten der Solidargemeinschaft finanziert werden (Terbille/Clausen/Schroeder-Prinzten, Medizinrecht, 2. A., § 11, Rn. 200).

Daraus ergibt sich eine allgemeine Aufnahme- und Behandlungspflicht, wobei der Umfang der Aufnahme- und Behandlungspflicht durch die Aufnahme in den Krankenhausplan und die Leistungsfähigkeit umrissen wird (Terbille/Clausen/Schroeder-Prinzten, Medizinrecht, 2. A., § 11, Rn. 200 und die dortigen Verweise - im Hinblick auf die Versorgung gesetzlich versicherter Patienten ergibt sich die Aufnahmeverpflichtung darüber hinaus aus § 109 SGB V).

Für Privatkliniken, die nicht an der Behandlung gesetzlich versicherter Patienten teilnehmen, gilt der Kontrahierungszwang nicht, allenfalls wenn eine Art Monopolstellung der Klinik vorliegt oder der Patient bei Ablehnung ohne die rechtzeitige notwendige Hilfe

bleiben würde (Terbille/Clausen/Schroeder-Prinzten, Medizinrecht, 2. A., § 11, Rn. 200 und die dortigen Verweise).

bb) Versorgung mit Kinderbetreuungseinrichtungen

Zwischen den Rahmenbedingungen der Krankenhausversorgung und den Rahmenbedingungen der Kinderbetreuung bestehen Gemeinsamkeiten:

Es besteht ein öffentlich-rechtlicher Anspruch auf einen Betreuungsplatz, die Kinderbetreuung ist eine öffentliche Aufgabe.

Dies ergibt sich aus den öffentlich-rechtlichen Vorschriften der §§ 22 ff. des achten Sozialgesetzbuchs (SGB VIII) über die Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen und in Kindertagespflege.

Nach § 24 Absatz 2 und 3 SGB VIII besteht ein Anspruch auf Förderung in einer Tageseinrichtung oder in Kindertagespflege:

- (2) Ein Kind, das das erste Lebensjahr vollendet hat, hat bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres Anspruch auf frühkindliche Förderung in einer Tageseinrichtung oder in Kindertagespflege. (...)*
- (3) Ein Kind, das das dritte Lebensjahr vollendet hat, hat bis zum Schuleintritt Anspruch auf Förderung in einer Tageseinrichtung. (...)*

Das KitaG regelt dies in § 1 Absatz 2 ergänzend:

Kinder vom vollendeten ersten Lebensjahr bis zur Versetzung in die fünfte Schuljahrgangsstufe haben einen Rechtsanspruch auf Erziehung, Bildung, Betreuung und Versorgung in Kindertagesstätten (...).

Die Kindertagesbetreuung wird nach § 12 KitaG von der öffentlichen Hand gewährleistet und anhand eines Bedarfsplans geplant:

- (1) Der örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe hat die Aufgabe, die Kindertagesbetreuung nach § 1 zu gewährleisten. (...)*
- (3) Der örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe stellt im Benehmen mit den Trägern der freien Jugendhilfe und den Gemeinden einen Bedarfsplan für die Kindertagesbetreuung auf und schreibt ihn rechtzeitig fort. Der Bedarfsplan weist die Einrichtungen aus, die zur Erfüllung des Rechtsanspruchs gemäß § 1 als erforderlich erachtet werden. (...)*

Die Finanzierung der Kinderbetreuungsangebote erfolgt mit öffentlichen Zuschüssen gemäß § 16 Abs. 1 KitaG:

Die Kosten der Kindertagesbetreuung werden durch Eigenleistungen des Trägers, durch Elternbeiträge, durch die Gemeinde sowie durch Zuschüsse des örtlichen Trägers der öffentlichen Jugendhilfe gedeckt. (...)

Es liegt damit eine der Krankenhausversorgung vergleichbare Situation vor, es handelt sich um eine öffentliche Aufgabe, es erfolgt die Einplanung der Einrichtungen in einem Bedarfsplan und eine öffentliche Förderung.

Eine private Kindertageseinrichtung, die im Bedarfsplan für die Kinderbetreuung ausgewiesen ist und öffentlich gefördert wird, unterliegt daher aus den gleichen Gründen wie ein Plankrankenhaus im Rahmen ihrer Kapazitätsgrenzen einem allgemeinen Aufnahmewang. Zu klären wäre vorliegend, ob die betroffene Kindertageseinrichtung der „Träger-gGmbH“ im Bedarfsplan der Kinderbetreuung ausgewiesen ist und öffentlich gefördert wird.

Der grundsätzlich anzunehmende Aufnahmewang würde allerdings dann nicht gelten, wenn dem eine anderslautende gesetzliche Regelung entgegenstünde.

cc) Sonderregelung § 16 Abs. 1 Satz 4 KitaG

Zu denken ist an § 16 Absatz 1 Satz 4 KitaG, dieser lautet:

Einrichtungen, die nicht die Voraussetzungen dieses Gesetzes erfüllen oder die nicht grundsätzlich allen Kindern offen stehen, können von der Finanzierung ganz oder teilweise ausgeschlossen werden.

Im Umkehrschluss bedeutet diese Regelung, dass auch Einrichtungen, die nicht allen Kindern offen stehen, gefördert werden können.

Diese Vorschrift impliziert, dass ein allgemeiner Aufnahmewang in Brandenburg gerade nicht gewollt ist. Wenn ein Aufnahmewang vorgesehen wäre, dann wäre der in § 16 Absatz 1 Satz 4 geregelte Fall, dass eine Einrichtung nicht grundsätzlich allen Kindern offen steht, nicht denkbar.

Ein Kontrahierungszwang ist in Brandenburg daher aller Voraussicht nach nicht zu begründen. Der sich in § 16 Absatz 1 Satz 4 KitaG ausdrückende gesetzgeberische Wille, dass eine geförderte Einrichtung nicht unbedingt allen Kindern offen stehen muss, steht der Annahme eines Abschlusszwangs entgegen.

Die dargelegten Aspekte (öffentliche Aufgabe, Bedarfsplan, öffentliche Förderung) spielen aber bei der Frage des grundgesetzlichen Diskriminierungsschutzes eine Rolle (siehe dazu unter Ziff. III. 3.). Die Versagung der Aufnahme kann eine unzulässige Diskriminierung darstellen.

III. Anspruch auf Gleichbehandlung bei der Entscheidung über die Aufnahme

1. Diskriminierungsverbote gemäß KitaG

Das Kindertagesstättengesetz sieht keine Verpflichtung des Trägers zur allgemeinen Gleichbehandlung vor.

In § 14 KitaG ist lediglich ein besonderer Diskriminierungsschutz in Bezug auf Religion und Weltanschauung (vgl. Art. 3 Absatz 3 GG) geregelt, indessen kein allgemeiner Diskriminierungsschutz (vgl. Art. 3 Absatz 1 GG). Die Regelung in § 14 KitaG lautet:

- (1) (...) Der Träger der Einrichtung ist zur Toleranz und zum Respekt der unterschiedlichen religiösen und weltanschaulichen Einstellungen der Kinder und ihrer Eltern verpflichtet.*
- (2) (...) Er hat bei Bedarf seine Einrichtung für alle Kinder unabhängig von ihrem religiösen und weltanschaulichen Hintergrund zu öffnen, insbesondere dann, wenn nur eine Einrichtung in ihrer Nähe ist.*

2. Diskriminierungsverbote nach dem AGG

Eine Diskriminierung ist privaten Einrichtungen nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) verboten, wenn es sich um eine Benachteiligung aus Gründen der Rasse, der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität handelt.

Eine Diskriminierung wegen des Unterlassens medizinischer Maßnahmen ist nach dem AGG nicht verboten.

3. Diskriminierungsverbot nach Art. 3 Absatz 1 GG

In Art. 3 Abs. 1 GG ist der sog. allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz geregelt:

Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.

Ohne eine sachliche Rechtfertigung darf keine Ungleichbehandlung erfolgen.

Wie bereits dargelegt, ist nur die öffentliche Hand unmittelbar an die Grundrechte gebunden. Private Personen und Institutionen sind nicht unmittelbar an Art. 3 Abs. 1 GG gebunden.

Die Rechtsprechung hierzu wird im Folgenden kurz skizziert.

a) Handeln privater Institutionen ohne öffentliche Beteiligung

In der Entscheidung des BGH vom 15. Januar 2013 (XI ZR 22/12) ging es um die Kündigung eines Girokontos durch eine Privatbank. Die öffentliche Hand war nicht beteiligt. Eine Pflicht zur Gleichbehandlung beim Ausspruch der Kündigung wurde hier verneint (BGH vom 15.01.2013, XI ZR 22/12):

„Ein Verstoß gegen § 242 BGB lässt sich unter Verweis auf eine mittelbare Drittwirkung des Art. 3 Absatz 1 GG nicht daraus herleiten, die Beklagte habe der Klägerin gekündigt, indessen Vertragsbeziehungen zu anderen solventen Geschäftskunden aufrecht erhalten und damit ohne Rechtfertigung Gleiches ungleich behandelt.

Das vom Grundsatz der Privatautonomie beherrschte bürgerliche Recht enthält keine über eine mittelbare Drittwirkung des allgemeinen Gleichheitssatzes begründbare allgemeine Pflicht zur gleichmäßigen Behandlung (Palandt/Grüneberg, BGB, 72. Aufl., § 242 Rn. 10; Schwabe, die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, 1971, S. 149 ff.; zum Konzept der mittelbaren Drittwirkung neuerdings grundsätzlich Jestaedt, VVDStRL 64, 298, 330 ff.).

Eine der unmittelbaren Geltung gleichkommende generelle Bindung von Privatrechtssubjekten an den Gleichheitssatz besteht nicht, da dies die privatrechtliche Vertragsfreiheit und die grundgesetzlichen Freiheitsrechte aushebelt. Ob der allgemeine Gleichheitssatz gilt, richtet sich danach, ob im Verhältnis einzelner Privatrechtssubjekte zueinander ein (soziales) Machtverhältnis besteht (vgl. Dreier/Heun, GG 2. Aufl., Art. 3 Rn. 69 f.).

Ein solches soziales Machtverhältnis existiert zwischen den Parteien nicht. Es kann insbesondere nicht allein mit der (kredit-)wirtschaftlichen Betätigung der Beklagten belegt werden. Erst recht ist für einen Missbrauch des Machtverhältnisses nichts ersichtlich. Entsprechend oblag es der Beklagten nicht, eine Ungleichbehandlung der Klägerin im Verhältnis zu anderen Kunden mittels einer Angemessenheits- oder Verhältnismäßigkeitsprüfung sachlich zu rechtfertigen.“

b) Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch Private

Wenn es um die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben geht, gelten Besonderheiten.

Öffentliche Aufgaben können nicht nur durch staatliche Einrichtungen selbst erfüllt werden sondern auch in privatrechtlichen Organisations- und Handlungsformen oder durch Übertragung auf Private (v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 6. A., Art. 1, Rn. 222).

Das gilt auch hinsichtlich der öffentlichen Aufgabe der Kinderbetreuung. Diese kann nach § 14 Abs. 1 KitaG auf private Träger übertragen werden:

Träger von Einrichtungen der Kindertagesbetreuung sind Träger der freien Jugendhilfe, Gemeinden und Gemeindeverbände. Träger einer Einrichtung der Kindertagesbetreuung können auch sonstige Behörden, Körperschaften oder Anstalten des öffentlichen Rechts sowie Betriebe oder andere private Einrichtungen sein. (...)

Es stellt sich die Frage, ob in einem solchen Fall ausnahmsweise eine Grundrechtsbindung des privaten Trägers, der die öffentliche Aufgabe wahrnimmt, besteht.

aa) Rein formelle Privatisierung

Anerkannt ist, dass die unmittelbare Grundrechtsbindung dann gilt, wenn nur eine sog. formelle Privatisierung stattfindet (vgl. BGH vom 17.06.2003, XI ZR 195/02). Formelle Privatisierung bedeutet, dass die öffentliche Aufgabe einer privatrechtlichen Organisationform, z.B. einer GmbH, übertragen wird, aber der Staat im Wesentlichen Eigentümer dieser Organisationsform bleibt, z.B. der Mehrheitsgesellschafter der GmbH. Ein solcher Fall liegt nicht vor, Eigentümer der gGmbH ist ein eingetragener Verein.

bb) Funktionale und materielle Privatisierung

Fraglich ist, ob und inwieweit eine Grundrechtsbindung besteht, wenn der Staat eine funktionale bzw. eine materielle Privatisierung vornimmt, das heißt die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben auf private Organisationsformen überträgt, deren Eigentümer der Staat nicht ist. Mit einer solchen Situation haben wir es bei der Übertragung des Betreuungsauftrags auf den privaten Träger zu tun.

In seiner Entscheidung vom 17.06.2003 hatte der Bundesgerichtshof zu entscheiden, ob die dortige Klägerin, eine Privatbank, welche öffentliche Subventionen an private Zuschussempfänger vermittelte, an das aus Artikel 3 GG folgende Willkürverbot gebunden war (BGH vom 17.06.2003, XI ZR 195/02). Der Bundesgerichtshof führte hierzu aus (BGH, a.a.O):

„Öffentlich-rechtliche, aus dem Verwaltungsprivatrecht folgende Bindungen kommen vielmehr auch dann in Betracht, wenn die Verwaltung nicht selbst oder durch einen Eigenbetrieb in privatrechtlicher Form handelt, sondern in Gestalt eines von der Verwaltung beherrschten, privatrechtlich verfassten Rechtssubjekts – etwa einer Gesellschaft des Handelsrechts – dem Bürger gegenübertritt.

Ein Betrieb, der einer öffentlichen Aufgabe gewidmet ist, übt Verwaltung im funktionalen Sinne aus und stellt eine besondere Erscheinungsform dar, in der öffentliche Verwaltung ausgeübt wird (BVerfGE 45, 63, 80; BGHZ 91, 84, 97 f.; s. auch BVerwG NJW 1990, 134, 135).

Der erkennende Senat hat dementsprechend für möglich gehalten, dass in Erfüllung öffentlicher Aufgaben handelnde private Rechtssubjekte, die nicht mit hoheitlichen Befugnissen beliehen sind, bei der Gestaltung ihrer Rechtsbeziehungen zu anderen Privaten öffentlich-rechtlichen Bindungen unterliegen (Senatsbeschluss vom 7. Dezember 1999 – XI ZB 7/99, WM 2000, 185, 186).

Ob das – wovon die Rechtsprechung bisher ausgeht (vgl. BGHZ 91, 84, 97; BVerwG NJW 1990, 134, 135; BVerwG NVwZ 1990, 754) – nur für Privatrechtssubjekte gilt, die zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben gegründet worden sind oder deren Kapital mehrheitlich von der öffentlichen Hand gehalten wird, oder ob auch Privatrechtssubjekte dem Verwaltungsprivatrecht unterliegen können, die aufgrund von Verträgen mit einem Verwaltungsträger fest in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben eingebunden sind und vertraglich dessen Weisungen unterliegen, ist bisher nicht geklärt.

Ein Teil der Literatur ist der Ansicht auch für in die Abwicklung von Subventionen eingeschalteten Hausbanken gelte Verwaltungsprivatrecht (Wolff/Bachof/Stober,

Verwaltungsrecht Bd. 1 11. Aufl. S. 309; s. auch Harries, in: Festschrift für W. Werner S. 201, 214).

Nach einem anderen Teil unterliegt das Subventionsabwicklungsverhältnis zwischen der Hausbank und dem Subventionsempfänger dagegen grundsätzlich ausschließlich dem Zivilrecht (vgl. Henke, Das Recht der Wirtschaftssubventionen S. 91 f).“

Der Bundesgerichtshof konnte in diesem Urteil offen lassen, ob die Privatbank, die aufgrund von Verträgen mit einem Verwaltungsträger fest in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben eingebunden war und vertraglich dessen Weisungen unterlag, an Art. 3 GG gebunden war, da im dort zu entscheidenden Fall ein Verstoß gegen Art. 3 GG nicht vorlag. Auf die Entscheidung, ob der Träger an die Grundrechte gebunden war, kam es daher nicht an.

Neuere Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zu dieser Frage sind soweit ersichtlich nicht ergangen.

Ob die Berufung gegenüber der privaten Kindertageseinrichtung auf Artikel 3 Absatz 1 GG möglich wäre, ist nach alledem offen.

Vorliegend sprechen die im Rahmen des Kontrahierungszwangs bereits dargelegten, nachstehenden Argumente für eine Bindung des Kita-Trägers an Art. 3 Abs. 1 GG:

- Es besteht ein öffentlich-rechtlicher Anspruch auf einen Betreuungsplatz, die Kinderbetreuung ist eine öffentliche Aufgabe.
- Die Kindertagesbetreuung wird nach § 12 KitaG von der öffentlichen Hand gewährleistet und anhand eines Bedarfsplans geplant.
- Die Finanzierung der Kinderbetreuungsangebote erfolgt mit öffentlichen Zuschüssen gemäß § 16 KitaG.

Wenn die betroffene Kindertageseinrichtung der „Träger-gGmbH“ im Bedarfsplan der Kinderbetreuung ausgewiesen ist und öffentlich gefördert wird, was wie bereits dargelegt zu klären wäre, ist aus diesen Gründen eine Bindung an Art. 3 Absatz 1 GG zu bejahen:

Die Kita wird bei der Deckung des öffentlichen Bedarfs berücksichtigt und von der Gemeinschaft der Bürger mitfinanziert. Sie wird im Rahmen der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Betreuungsanspruchs tätig und ist vertraglich in die Aufgabenerfüllung eingebunden. Sie ist daher der Allgemeinheit verpflichtet und muss sich deshalb wie die staatliche Gewalt selbst an die Vorgaben des Grundgesetzes halten. Anderenfalls könnte der Staat durch Privatisierung öffentlicher Aufgaben die Grundrechtsbindung umgehen und den grundgesetzlichen Schutz der Bürger aushöhlen.

Die bereits thematisierte Regelung des § 16 Absatz 1 Satz 4 KitaG, wonach es auch Einrichtungen geben kann, die nicht grundsätzlich allen Kindern offen stehen, steht der Anwendung des Art. 3 Absatz 1 GG nicht entgegen.

Denn Art. 3 Absatz 1 GG verbietet nicht jede Ungleichbehandlung sondern nur sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlungen. Es ist daher durchaus möglich, dass es sachliche Gründe dafür gibt, dass eine Einrichtung nicht alle Kinder aufnimmt sondern Auswahlkriterien verwendet.

Im Rahmen des Art. 3 Abs. 1 GG ist zu prüfen, ob die von der Kindertageseinrichtung angewendeten Auswahlkriterien die Ungleichbehandlung sachlich rechtfertigen.

Wenn die Auswahlkriterien die Ungleichbehandlung nicht zu rechtfertigen vermögen, kann ein abgelehnter Bewerber gegen die ablehnende Entscheidung des Kita-Trägers vorgehen und seinen Anspruch auf diskriminierungsfreie Entscheidung über seinen Aufnahmeantrag oder Schadenersatzansprüche geltend machen.

Die Frage, ob das Auswahlkriterium „ausreichender Impfschutz“ die Ungleichbehandlung sachlich zu rechtfertigen vermag, wird im Rahmen der Fragestellung „Impfschutz nicht gleich Immunschutz“ zu behandeln sein. Gleiches gilt für die Frage nach Schadenersatzansprüchen.

C. Wirksamkeit der vertraglichen Vereinbarung zur Vornahme der Impfungen

I. Sittenwidrigkeit der Vereinbarung

Wenn die Vereinbarung im Betreuungsvertrag, wonach Impfschutz nach STIKO-Empfehlung Voraussetzung für den Besuch der Einrichtung ist, gegen die guten Sitten verstößt, ist diese Vereinbarung, möglicherweise sogar der ganze Betreuungsvertrag, nichtig.

Ein Rechtsgeschäft ist nach der Rechtsprechung sittenwidrig, wenn es gegen das Rechts- und Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt (Erman, BGB, Kommentar, 14. A., § 138, Rn. 12 mwN; Palandt, BGB, Kommentar, 75. A., § 138, Rn. 2 mwN).

§ 138 BGB verweist vor allem auf die der Rechtsordnung immanenten rechtsethischen Werte und Prinzipien, Rechtsgeschäfte, die grundlegende Prinzipien der Rechtsordnung verletzen, sind nichtig (Palandt, a.a.O., Rn. 3).

Der Begriff ist objektiv-normativ zu bestimmen, es ist weder eine umfassende Sittlichkeit im gesinnungsethischen Sinne noch allein das rein tatsächliche Verhalten in der Gesellschaft und die darin zum Ausdruck kommende Sozialmoral zugrunde zu legen sondern an die rechtliche Sollensordnung anzuknüpfen (Erman, a.a.O., Rn. 12).

Über § 138 BGB wirkt das im Grundgesetz verkörperte Wertsystem in das Privatrecht ein. (Palandt, a.a.O., Rn. 3), das Grundgesetz ist in diesem Zusammenhang von zentraler Bedeutung (Erman, a.a.O., Rn. 12a). Die grundlegenden Wertentscheidungen der Verfassung prägen die ausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriffe des Privatrechts, insbesondere die Generalklauseln wie §§ 138 und 242 BGB, diese sind verfassungskonform auszulegen (Erman, a.a.O., Rn. 12a mwN). Als Teil der Rechts- und Sozialordnung insgesamt sind die Wertentscheidungen der Verfassung damit auch ein bestimmendes Element der rechtlich anzuerkennenden Sittenordnung, sie wiederum ergibt in ihrer Gesamtheit den Inhalt des Begriffs der „guten Sitten“ (Erman, a.a.O., Rn. 12a mwN).

1. Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG

Sittenwidrigkeit alleine wegen eines Verstoßes gegen den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 Absatz 1 GG) kommt nicht in Betracht.

Wie vorstehend dargelegt, gilt im Privatrecht die Vertragsfreiheit. Die freie Wahl eines Vertragspartners verstößt daher nicht gegen die guten Sitten sondern entspricht gerade dem allgemeinen Rechtsgrundsatz der Vertragsfreiheit, der sich aus Art. 2 Absatz 1 GG ergibt. Eigenständige Diskriminierungsverbote außerhalb des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) und ohne besondere gesetzliche Grundlage kommen in der Zivilrechtsordnung nicht in Betracht (Erman, a.a.O., Rn. 104).

Dieser Auffassung kann aus den oben dargelegten Gründen nicht uneingeschränkt gefolgt werden, wenn es um die Erfüllung öffentlicher Aufgaben geht (siehe oben unter B. III. 3. b).

Soweit es allerdings um die Frage nach der Sittenwidrigkeit des Rechtsgeschäfts geht, ist ihr zuzustimmen. Nicht jeder Rechtsverstoß führt zur Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts, es muss sich um grobe Verstöße handeln, die besonders zu missbilligen sind, weil sie grundlegende Wertentscheidungen missachten. Bei einem Rechtsverstoß, der sich im Spannungsverhältnis zwischen der grundgesetzlich geschützten Vertragsfreiheit einerseits und dem Gleichheitsgebot andererseits abspielt, kann nur unter besonderen Umständen von einem Verstoß gegen grundlegende Wertentscheidungen ausgegangen werden.

Als Voraussetzung dafür ist zu verlangen, dass zu einer Diskriminierung weitere anstößige Umstände hinzutreten, die das Rechtsgeschäft in seinem Gesamtcharakter sittenwidrig machen (Erman, a.a.O., Rn. 104). Das wird sich für eine nicht vom AGG erfasste Diskriminierung nur ausnahmsweise feststellen lassen (Erman, a.a.O., Rn. 104).

Zu denken ist im vorliegenden Fall an Sittenwidrigkeit, da die Vertragsvereinbarung nicht nur die Gleichbehandlung sondern auch den Schutz der körperlichen Unversehrtheit tangiert.

2. Verstoß gegen Art. 2 Abs. 2 GG

Ein grundlegendes Prinzip der Rechtsordnung ist der Schutz vor Eingriffen in den Körper, Art. 2 Absatz 2 Satz 1 GG. Eingriffe in den Körper dürfen von Seiten des Staates nur aufgrund einer gesetzlichen Grundlage vorgenommen werden, Art. 2 Absatz 2 Satz 3 GG (sog. Gesetzesvorbehalt).

Der Betreuungsvertrag enthält die unwiderrufliche Selbstverpflichtung, die Impfungen nach STIKO, also ärztliche Eingriffe durchführen zu lassen. Die Vereinbarung könnte gegen einen wesentlichen Grundgedanken des Art. 2 Abs. 2 GG verstoßen, welcher das Recht auf körperliche Unversehrtheit gewährleistet.

a) Einwilligung in ärztlichen Eingriff

Jeder ärztliche Eingriff stellt tatbestandlich eine Körperverletzung des Patienten dar. Ohne eine Einwilligung des Patienten ist daher grundsätzlich jede medizinische Maßnahme rechtswidrig.

Der durch das Patientenrechtegesetz vom 20.02.2013 eingefügte § 630 d BGB regelt dies für das Verhältnis Arzt-Patient nun ausdrücklich:

- (1) Vor Durchführung einer medizinischen Maßnahme, insbesondere eines Eingriffs in den Körper oder in die Gesundheit, ist der Behandelnde verpflichtet, die Einwilligung des Patienten einzuholen. (...)*
- (2) Die Wirksamkeit der Einwilligung setzt voraus, dass der Patient (...) vor der Einwilligung nach Maßgabe von § 630 e Absatz 1 bis 4 aufgeklärt worden ist.*
- (3) Die Einwilligung kann jederzeit und ohne Angabe von Gründen formlos widerrufen werden.*

Die Vereinbarung im Betreuungsvertrag, wonach sich der Betroffene verpflichtet, die Impfungen durchführen zu lassen, entspricht nicht den Anforderungen des § 630 d BGB. Dieser setzt jederzeitige Widerruflichkeit und eine ärztliche Aufklärung im konkreten Einzelfall voraus.

Die Vereinbarung muss allerdings die Voraussetzungen des § 630 d BGB nicht erfüllen, denn sie stellt noch keine Einwilligung im Sinne des § 630 d BGB dar. § 630 d BGB erfasst nur das Verhältnis zwischen Arzt und Patient und nur Einwilligungen, die unmittelbar die Durchführung des Eingriffs erlauben.

Um eine solche Einwilligung handelt es sich vorliegend nicht, die Einverständniserklärung enthält nur eine Verpflichtung zum Arzt zu gehen und sich dort impfen zu lassen, sie erteilt nicht schon dem Arzt die Erlaubnis die Impfung vorzunehmen. Der Betroffene kann trotz der Vereinbarung gegenüber dem Arzt die Einwilligung in die Impfung versagen.

Um die Wirksamkeit der Einwilligung in einen ärztlichen Eingriff geht es vorliegend nicht.

b) Selbstverpflichtung zum ärztlichen Eingriff

Vorliegend geht es um eine Selbstverpflichtung zur Vornahme von ärztlichen Eingriffen.

Es stellt sich die Frage, ob diese im Betreuungsvertrag vorweggenommene Verpflichtung, sich zum Arzt zu begeben und dort die Impfungen durchführen zu lassen, gegen Art. 2 Abs. 2 GG verstößt, obwohl sie die körperliche Unversehrtheit nur mittelbar betrifft.

Es ist auch ein Grundprinzip unserer Rechtsordnung, dass der Einzelne frei entscheiden darf, auf welche Rechte er verzichten möchte. Im Rahmen dieser Freiheit kann er entscheiden, körperliche Eingriffe vornehmen zu lassen und einen Betreuungsvertrag abzuschließen, welcher ihn verpflichtet, bestimmte gesundheitliche Eingriffe vornehmen zu lassen. (Zu der Frage, was gilt, wenn die Zustimmung in allgemeinen Geschäftsbedingungen abgegeben wird und deshalb nur eine Wahlfreiheit nicht aber eine Gestaltungsfreiheit des Vertragspartners bestand, siehe unter Ziff. II. 2 b.)

Der Gesetzesvorbehalt, wonach Eingriffe in den Körper nur aufgrund eines Gesetzes vorgenommen werden dürfen, gilt nur im Verhältnis zum Staat, unter Privaten gilt das grundgesetzlich geschützte Selbstbestimmungsrecht und die Handlungsfreiheit (Art. 1 Absatz 1 GG, Art. 2 Absatz 1 GG), jeder Mensch kann grundsätzlich selbst bestimmen, ob und inwieweit er einem Eingriff in seine Rechte zustimmt.

Auf diesem Hintergrund stellt die Zustimmung des Betroffenen, die Impfungen vornehmen zu lassen per se noch keinen Verstoß gegen grundlegende Prinzipien unserer Rechtsordnung dar.

c) Zusätzliche zu missbilligende Gesichtspunkte

Dies könnte aber trotz der erteilten Zustimmung der Fall sein, wenn zusätzliche zu missbilligende Gesichtspunkte hinzutreten, vgl. hierzu den Rechtsgedanken des § 228 Strafgesetzbuch (StGB):

Wer eine Körperverletzung mit Einwilligung der betreffenden Person vornimmt, handelt nur dann rechtswidrig, wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt.

Daran könnte man denken, wenn der Betroffene vor Abschluss des Vertrages keinerlei Möglichkeit hätte, sich über die Reichweite der vorgesehenen gesundheitlichen Eingriffe zu informieren. Das ist nicht der Fall. Der Betroffene kann sich vor Abschluss einer solchen

Vereinbarung jedenfalls grundsätzlich – wenn auch nicht bezogen auf den konkreten Einzelfall – über Impfungen informieren, ärztlich beraten und aufklären lassen.

Ein anderer Aspekt ist die Inkaufnahme von Gesundheitsschädigungen.

Ein Verstoß gegen die guten Sitten wird zum Beispiel unter bestimmten Voraussetzungen angenommen, wenn durch einen Arzt Doping-Mittel mit Einwilligung des Betroffenen verabreicht werden, weil beim Doping Gesundheitsschädigungen in Kauf genommen werden, um das sportliche Ziel zu erreichen (Turner, MDR 1991, 569 – 575).

Doping mit Einwilligung des Betroffenen wird jedenfalls dann allgemein als sittenwidrig bewertet, wenn es schwerwiegende Gesundheitsschädigungen zur Folge hat (vgl. Turner, MDR 1991, 569 – 575 mwN).

Bei leichten Gesundheitsschädigungen wird dies nicht so ohne weiteres bejaht, da der Staat Freiheitsrechte am eigenen Körper erlaubt, wie Sterilisation, Kastration und Schwangerschaftsunterbrechungen und Schädigung der eigenen Gesundheit durch Rauchen oder den Missbrauch von Alkohol oder Medikamenten (vgl. Turner, MDR 1991, 569 – 575 mwN).

Es stellt sich die Frage, ob dies auf die Vornahme von Impfungen übertragen werden kann.

In medizinischer Hinsicht ist umstritten, ob und unter welchen Voraussetzungen Impfen generell und im Einzelfall überwiegend dem Gesundheitsschutz dient oder ob und unter welchen Voraussetzungen es überwiegend leichte oder schwere Gesundheitsschädigungen zur Folge hat.

Um Sittenwidrigkeit bejahen zu können, müssten die Beteiligten nun aber zumindest Kenntnis von den zur Sittenwidrigkeit führenden objektiven Umständen haben (Erman, a.a.O., Rn. 21). Das heißt, sie müssten um die gesundheitsschädigende Wirkung der Maßnahme wissen.

Bei einem medizinisch umstrittenen Sachverhalt kann von Kenntnis nicht ausgegangen werden. Es kann nicht angenommen werden, dass die Kindertageseinrichtung Kenntnis davon hat, dass es sich um eine gesundheitsschädigende vertragliche Vereinbarung handelt.

Des Weiteren ist bei der Frage nach der Sittenwidrigkeit nicht nur auf die Schwere der Gesundheitsschädigung abzustellen, sondern auch auf die Beweggründe und Ziele der Beteiligten sowie auf die Mittel und die Art der Verletzung (Turner, MDR 1991, 569 – 575 mwN).

Feststehen dürfte, dass die Verabreichung von Impfungen aus Sicht der Kindertageseinrichtung mit dem Ziel des individuellen und kollektiven Gesundheitsschutzes erfolgt. Anders als beim Doping erfolgt die Verabreichung nicht unter

Inkaufnahme gesundheitlicher Schädigung um ein außerhalb des Gesundheitsschutzes liegendes Ziel zu erreichen. Die Verabreichung erfolgt vielmehr gerade mit dem Ziel des Gesundheitsschutzes.

Die Annahme, dass Impfen dem Gesundheitsschutz dient, mag medizinisch unzutreffend sein, dies ändert nichts an der Tatsache, dass die Kindertagesstätte dieser Auffassung ist und deshalb die Vereinbarung über die Vornahme von Impfungen trifft. Die Kindertageseinrichtung verfolgt daher mit der vertraglichen Vereinbarung aus ihrer Sicht billigenwerte Ziele.

Solange die Frage, ob und inwiefern Impfen der Gesundheit schadet oder nützt, medizinisch im Streit ist, wird man deshalb nicht von Sittenwidrigkeit einer privatrechtlichen Vereinbarung über die Durchführung von Impfungen ausgehen können.

Anzudenken wäre noch, ob Sittenwidrigkeit vorliegt, wenn die Betroffenen das Einverständnis mit den Impfungen unter einer Zwangslage erklärt haben. Wenn es sich bei der Kindertageseinrichtung um die einzige in erreichbarer Nähe handeln würde und damit die Zwangslage der Betroffenen bestünde, das Kind gerade in dieser Kindertageseinrichtung unterbringen zu müssen, um einen Betreuungsplatz zu haben, dies der Kita bekannt war und der Kita bei Vertragsabschluss bekannt war, dass die Vertragspartner nur wegen ihrer Zwangslage der Klausel im Vertrag zustimmten, könnte sich eine solche Bewertung ergeben.

Da Anhaltspunkte für eine solche Zwangslage fehlen - in Potsdam ist eine Vielzahl an Kindertageseinrichtungen vorhanden – wird auf diesen Gesichtspunkt hier nicht weiter eingegangen.

II. Unwirksamkeit der Vereinbarung nach § 307 BGB

Die Vereinbarung im Betreuungsvertrag, wonach ein ausreichender Impfschutz nach STIKO-Empfehlung Voraussetzung für den Besuch der Betreuungseinrichtung ist, könnte wegen unangemessener Benachteiligung nach § 307 BGB unwirksam sein.

Die Klausel stellt eine sogenannte allgemeine Geschäftsbedingung dar.

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (sog. Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrages stellt, § 305 Absatz 1 Satz 1 BGB, die also nicht oder nicht ernsthaft zur Disposition und zur Verhandlung gestellt werden.

Allgemeine Geschäftsbedingungen unterliegen einer besonderen Wirksamkeitskontrolle nach den § 307 ff. BGB.

§ 307 BGB regelt:

- (1) Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. (...)*
- (2) Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung*
 - 1. mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder*
 - 2. (...)*
- (3) Die Absätze 1 und 2 (...) gelten nur für Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. (...)*

Eine unangemessene Benachteiligung setzt voraus, dass eine Vertragsklausel die Interessen eines Vertragspartners in einer vom Gesetz abweichenden, für ihn ungünstigen Weise regelt (Erman, BGB, Kommentar, 2014, § 307, Rn. 8).

Nicht jede Abweichung der vertraglichen Regelung vom Gesetz ist verboten, es gibt eine Vielzahl an gesetzlichen Vorschriften, insbesondere des Zivilrechts, welche dispositiv sind, das heißt von denen die Vertragsparteien durch vertragliche Vereinbarung abweichen dürfen und die nur dann gelten, wenn die Vertragsparteien im Vertrag selbst nichts geregelt haben (vgl. Erman, a.a.O.). Lediglich eine unangemessene Abweichung ist verboten.

Unangemessen ist die Benachteiligung des Vertragspartners, wenn derjenige, der den Vertrag vorformuliert hat, der sog. Verwender, missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten des Vertragsgegners durchzusetzen versucht, ohne dessen Interessen ausreichend zu berücksichtigen und ohne ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen (Erman, a.a.O.).

Nach § 307 Absatz 2 Ziff. 1 BGB ist eine solche unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen, wenn in dem Vertrag von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung abgewichen wird.

1. Abweichung von Grundgedanken der einfach-gesetzlichen Regelungen

Eine einfach-gesetzliche Regelung, ob und inwieweit Impfungen von einer Kindertageseinrichtung gefordert werden dürfen, existiert nicht.

§ 34 Absatz 10a IfSG sieht lediglich vor, dass eine Impfberatung des Gesundheitsamtes in Anspruch genommen werden muss, eine Regelung, ob die Kindertageseinrichtung darüber hinaus gehende Maßnahmen vertraglich vereinbaren kann, ist nicht enthalten.

Gleiches gilt für § 11 Absatz 2 KitaG, auch hier ist lediglich ein ärztliches Angebot der Schließung von Impflücken vorgesehen und keine Regelung, ob und inwieweit die Kindertageseinrichtung vertraglich Weitergehendes vereinbaren kann.

Auch die gesetzliche Regelung ergänzende Vereinbarungen sind allerdings nach § 307 BGB zu überprüfen, § 307 Absatz 3 BGB. Um eine solche ergänzende vertragliche Regelung handelt es sich vorliegend.

Es stellt sich die Frage, ob § 34 Absatz 10a IfSG und § 11 Absatz 2 KitaG einen wesentlichen Grundgedanken enthalten, der der vertraglichen Vereinbarung der Durchführung von Impfungen nach STIKO-Empfehlung entgegensteht.

Beide Vorschriften tendieren dazu, den Betroffenen die Durchführung der Impfungen nach STIKO-Empfehlung im Rahmen einer Beratung nahe zu bringen und die Impfungen anzubieten. Beide Vorschriften beinhalten daher einen impfbefürwortenden Grundgedanken. Die vertragliche Vereinbarung über die Durchführung der Impfungen widerspricht diesem Grundgedanken nicht sondern erweitert ihn.

Der wesentliche Grundgedanke des Gesetzes ist nicht das Verbot eines Impfwanges oder das Gebot, dass nur vorsichtig geimpft werden soll, der wesentliche Grundgedanke ist der, dass möglichst umfassend geimpft werden soll.

Hinzu kommt die Tatsache, dass § 28 Absatz 2 IfSG vorsieht, dass ein Betretungsverbot für die Kindertageseinrichtung in Bezug auf Ungeimpfte verhängt werden kann, wenn eine Person in der Einrichtung an Masern erkrankt, dessen verdächtig oder ansteckungsverdächtig ist. Auch diese Vorschrift lässt erkennen, dass der gesetzlichen Regelung der wesentliche Grundgedanke, wonach die Durchführung von Impfungen in Kindertageseinrichtungen erwünscht ist, immanent ist.

2. Abweichung von verfassungsrechtlichen Grundgedanken

a) § 307 BGB und Grundrechte

Zu den zu berücksichtigenden Regelungen gehören indessen nicht nur die einfachgesetzlichen Vorschriften sondern auch die Grundrechte des Vertragspartners (Erman, a.a.O., § 307, Rn. 24).

Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die grundrechtlich geschützten Belange des Vertragspartners nicht angemessen berücksichtigt wurden.

Die Grundrechte gelten zwar nicht unmittelbar, da der Verwender als Privatperson nicht an die Grundrechte gebunden ist (Staudinger, BGB, Kommentar, 2013, § 307 Rn. 18).

Die in den Grundrechten verkörperten Werte fließen aber in die Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe des Privatrechts, wie in § 307 BGB ein, das Bundesverfassungsgericht spricht insoweit von einer Schutzpflicht bezüglich verfassungsrechtlicher Grundwerte, die auch den Zivilgerichten obliegt (vgl. Staudinger, a.a.O., Rn. 18 mwN).

In seiner Entscheidung vom 23. November 2006 (1 BvR 1909/06) hatte das Bundesverfassungsgericht über vorformulierte Arbeitsvertragsbedingungen zu entscheiden.

In dieser Entscheidung führte das Bundesverfassungsgericht aus (BVerfG vom 23.11.2006, 1 BvR 1909/06):

„Die Zivilgerichte müssen bei der Auslegung und Anwendung zivilrechtlicher Vorschriften Bedeutung und Tragweite der von ihren Entscheidungen berührten Grundrechte beachten, damit deren wertsetzende Bedeutung auch auf der Rechtsanwendungsebene gewahrt bleibt (vgl. BVerfGE 7, 198, <205 ff.>; 95, 28 <37>; 99, 185 <196>).

Das verlangt in der Regel eine Abwägung zwischen widerstreitenden grundrechtlichen Schutzgütern, die im Rahmen der auslegungsfähigen Tatbestandsmerkmale der zivilrechtlichen Vorschriften vorzunehmen ist und die besonderen Umstände des Falles zu berücksichtigen hat (vgl. BVerfGE 99, 185, <196>; stRspr). Da der Rechtsstreit ungeachtet des grundrechtlichen Einflusses ein privatrechtlicher bleibt und seine Lösung in dem – grundrechtsgeleitet interpretierten – Privatrecht findet, ist das Bundesverfassungsgericht darauf

beschränkt nachzuprüfen, ob die Zivilgerichte den Grundrechtseinfluss ausreichend beachtet haben (vgl. BVerfGE 18, 85 <92f.>; 101,361 <388>).“

In seiner Entscheidung vom 23. Oktober 2006 (1 BvR 2027/02) hatte das Bundesverfassungsgericht über eine Vertragsklausel in Versicherungsbedingungen zu entscheiden, wonach der Versicherungsnehmer verpflichtet war bzw. sich verpflichtete, im Versicherungsfall alle beteiligten Ärzte und Krankenhäuser umfassend von ihrer Schweigepflicht zu entbinden.

Das Bundesverfassungsgericht stellte einen Verstoß gegen die grundgesetzlich geschützte informationelle Selbstbestimmung fest. In dieser Entscheidung führte es aus:

„Dem Einzelnen steht allerdings frei, Daten anderen gegenüber zu offenbaren. Als freiwillige Preisgabe persönlicher Informationen ist es grundsätzlich anzusehen, wenn jemand eine vertragliche Verpflichtung oder Obliegenheit eingeht, solche Informationen seinem Vertragspartner mitzuteilen oder Dritte zu derartigen Mitteilungen zu ermächtigen.

Der Vertrag ist das maßgebliche Instrument zur Verwirklichung freien und eigenverantwortlichen Handelns in Beziehung zu anderen. Der in ihm zum Ausdruck gebrachte übereinstimmende Wille der Vertragsparteien lässt in der Regel auf einen sachgerechten Interessenausgleich schließen, den der Staat grundsätzlich zu respektieren hat (vgl. BVerfGE 81, 242 <254>; 114, 73 <89 f.>).

Ist jedoch ersichtlich, dass in einem Vertragsverhältnis ein Partner ein solches Gewicht hat, dass er den Vertragsinhalt faktisch einseitig bestimmen kann, ist es Aufgabe des Rechts, auf die Wahrung der Grundrechtspositionen beider Vertragspartner hinzuwirken, um zu verhindern, dass sich für einen Vertragsteil die Selbstbestimmung in eine Fremdbestimmung verkehrt (vgl. BVerfGE 89, 214 <232>; 103, 89 <101>; 114, 1<34 f.>; 114, 73 <90>).

Eine solche einseitige Bestimmungsmacht eines Vertragspartners kann sich auch daraus ergeben, dass die von dem überlegenen Vertragspartner angebotene Leistung für den anderen Partner zur Sicherung seiner persönlichen Lebensverhältnisse von so erheblicher Bedeutung ist, dass die denkbare Alternative, zur Vermeidung einer zu weitgehenden Preisgabe persönlicher Informationen von einem Vertragsschluss ganz abzusehen, für ihn unzumutbar ist.

Sind in einem solchen Fall die Vertragsbedingungen in dem Punkt, der für die Gewährleistung informationellen Selbstschutzes von Bedeutung ist, zugleich praktisch nicht verhandelbar, so verlangt die aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht folgende Schutzpflicht eine gerichtliche Überprüfung, ob das Geheimhaltungsinteresse des unterlegenen Teils dem Offenbarungsinteresse des überlegenen Teils angemessen zugeordnet wurde. Dazu sind die gegenläufigen

Belange einander im Rahmen einer umfassenden Abwägung gegenüberzustellen (vgl. BVerfGE 84, 192 <195>).“

b) Schutzgut körperliche Unversehrtheit und diesbezügliche Selbstbestimmung

Vorliegend haben die Sorgeberechtigten der Vertragsklausel, wonach sie sich zu einem ausreichenden Impfschutz nach STIKO-Empfehlung als Voraussetzung für den Besuch der Einrichtung verpflichten, zugestimmt.

Die Klausel berührt den grundrechtlich geschützten Bereich der körperlichen Unversehrtheit. Art 2 Absatz 2 Satz 1 GG schützt die körperliche Integrität der Grundrechtsträger und damit auch das diesbezügliche Selbstbestimmungsrecht (BVerfG vom 23.03.2011, 2 BvR 882/09; BVerfG vom 12.10.2011, 2 BvR 633/11; BVerfG vom 20.02.2013, 2 BvR 228/12; BVerfG vom 28.11.2013, 2 BvR 2784/12; BVerfG vom 14.07.2015, 2 BvR 1549/14 u. 2 BvR 1550/14).

Verboten sind nach Art. 2 Abs. 2 GG insbesondere medizinische Zwangsbehandlungen, die ohne gesetzliche Grundlage erfolgen (bei staatlichen Eingriffen) und die nicht geeignet, erforderlich und verhältnismäßig sind.

Medizinische Zwangsbehandlung ist eine Behandlung gegen den natürlichen Willen des Betroffenen (BVerfG vom 23.03.2011, 2 BvR 882/09; BVerfG vom 12.10.2011, 2 BvR 633/11; BVerfG vom 20.02.2013, 2 BvR 228/12; BVerfG vom 28.11.2013, 2 BvR 2784/12; BVerfG vom 14.07.2015, 2 BvR 1549/14 u. 2 BvR 1550/14).

Dem Eingriffscharakter einer Zwangsbehandlung steht nicht entgegen, dass sie zum Zweck der Heilung vorgenommen wird, eine schädigende Zielrichtung ist nicht Voraussetzung für das Vorliegen eines Eingriffs in das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit (BVerfG vom 23.03.2011, 2 BvR 882/09).

In seiner Entscheidung vom 23.03.2011 betreffend eine Zwangsmedikation eines Untergebrachten mit Neuroleptika (2 BvR 882/09) führte das Bundesverfassungsgericht aus:

„Die medizinische Behandlung eines Untergebrachten, die ihrer Art nach das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit berührt, greift in dieses Grundrecht allenfalls dann nicht ein, wenn sie von der frei, auf der Grundlage der gebotenen ärztlichen Aufklärung, erteilten Einwilligung des Untergebrachten gedeckt ist.

Dies setzt voraus, dass der Untergebrachte einwilligungsfähig ist (...) und keinem unzulässigen Druck ausgesetzt wurde, etwa durch das Inaussichtstellen von

Nachteilen im Falle der Behandlungsverweigerung, die sich nicht als notwendige Konsequenz aus dem Zustand ergeben, in dem der Betroffene unbehandelt voraussichtlich verbleiben oder in den er aufgrund seiner Weigerung voraussichtlich geraten wird. (...)

Die materiellen Freiheitsgarantien des Art. 2 Abs. 2 GG – darunter das Recht auf körperliche Unversehrtheit – haben unter den grundrechtlich verbürgten Rechten ein besonderes Gewicht (vgl. BVerfGE 65, 317, 317 <322>). Medizinische Zwangsbehandlungen von Untergebrachten, und hier insbesondere operative Eingriffe und Zwangsmedikationen, stellen zudem eine besonders schwerwiegende Form des Eingriffs in das Recht auf körperliche Unversehrtheit dar (...).

Der Betroffene wird genötigt, eine Maßnahme zu dulden, die den Straftatbestand der Körperverletzung erfüllt (...) und daher normalerweise nur mit der – in strafrechtlicher Hinsicht rechtfertigenden – Einwilligung des Betroffenen zulässig ist. Der in einer medizinischen Zwangsbehandlung liegende Eingriff berührt nicht nur die körperliche Integrität des Betroffenen als solche, sondern in besonders intensiver Weise auch das von Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG mit geschützte Recht auf diesbezügliche Selbstbestimmung.“

Im vorliegenden Fall liegt zwar mit Unterzeichnung des Betreuungsvertrages eine Einverständniserklärung mit der Vornahme der Impfungen vor.

Es handelt sich aber um Allgemeine Geschäftsbedingungen, die einseitig von der Kindertageseinrichtung vorgegeben wurden und seitens der Kindertageseinrichtung nicht zur Disposition gestellt wurden. Die Erteilung der Einverständniserklärung selbst erfolgte daher – unabhängig davon, dass sie auch noch den Schutzbereich der gesundheitlichen Selbstbestimmung berührt – ohne inhaltliche Mitsprachemöglichkeit.

Allgemeine Geschäftsbeziehungen, die durch einen Vertragspartner als Voraussetzung für den Vertragsabschluss vorgegeben werden, reduzieren das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen auf eine bloße Wahlfreiheit. Sie lassen dem Betroffenen nur die Wahl, die vorgegebene Regelung zu akzeptieren oder vom Vertragsabschluss Abstand zu nehmen. Dem Vertragspartner wird keine inhaltliche Gestaltungsfreiheit eingeräumt.

Dieser Reduzierung des Selbstbestimmungsrechtes (Art. 2 Absatz 1 GG) auf ein Minimum trägt die Vorschrift des § 307 BGB Rechnung, indem sie vorsieht, dass derartige dem Vertragspartner vorgegebene Bedingungen nicht unangemessen benachteiligen dürfen.

Die Einverständniserklärung wurde generell und ohne die Möglichkeit ärztliche Aufklärung vor der konkreten Impfung in Anspruch zu nehmen erteilt. Für den Vertragspartner kann sich deshalb die Situation ergeben, dass er nach einer ärztlichen Aufklärung in Bezug auf eine bestimmte Impfung sich aus guten Gründen dafür entscheiden möchte, diese nicht durchführen zu lassen.

§ 630 d Absatz 2 BGB sieht für die Einwilligung im Verhältnis zum behandelnden Arzt vor, dass diese nur wirksam ist, wenn eine vorherige Aufklärung nach § 630 e BGB erfolgt ist. § 630 e Absatz 1 BGB lautet:

Der Behandelnde ist verpflichtet, den Patienten über sämtliche Umstände aufzuklären. Dazu gehören insbesondere Art, Umfang, Durchführung, zu erwartende Folgen und Risiken der Maßnahme sowie ihre Notwendigkeit, Dringlichkeit, Eignung und Erfolgsaussichten im Hinblick auf die Diagnose oder die Therapie. (...)

Zwar handelt es sich vorliegend nicht um die Einwilligungserklärung gegenüber dem Arzt, aufgrund derer unmittelbar die medizinische Behandlung durch den Arzt durchgeführt wird, sondern nur um eine Verpflichtungserklärung gegenüber einem Dritten, der Kindertageseinrichtung, die Behandlung durchführen zu lassen. § 630 e BGB ist daher nicht anwendbar.

Die Einverständniserklärung nötigt den Betroffenen aber, unabhängig vom Inhalt der späteren ärztlichen Aufklärung im konkreten Fall, die Impfung durchführen zu lassen, da der Betreuungsvertrag keine Möglichkeit vorsieht, sich von dieser Verpflichtung nach der erfolgten ärztlichen Aufklärung wieder zu lösen.

Der Betroffene hat, wenn er sich nach ärztlicher Aufklärung gegen die Impfung entscheidet, nur die Wahl vertragsbrüchig gegenüber dem Kita-Träger zu werden und damit den Ausschluss aus der Betreuungseinrichtung und Schadenersatzforderungen in Kauf zu nehmen, oder aber die Impfung wie vertraglich vorgesehen vornehmen zu lassen.

Durch Unterzeichnung des Vertrages wird eine Zwangslage für den Vertragspartner geschaffen. Der Vertragspartner muss den ärztlichen Eingriff vornehmen lassen, anderenfalls er rechtliche Konsequenzen zu tragen hat.

Das Bundesverfassungsgericht misst der Freiheit in Bezug auf das gesundheitliche Selbstbestimmungsrecht große Bedeutung bei und betont die Erforderlichkeit einer freien, auf der Grundlage der gebotenen ärztlichen Aufklärung erteilten Einwilligung. Es untersagt die Ausübung von Druck, insbesondere die Androhung von Konsequenzen.

Die durch die Vertragsklausel geschaffene Zwangssituation macht die Vertragsklausel zwar nicht per se unwirksam, da die Grundrechte bei Eingriffen privater, anders als bei staatlichen Eingriffen, nicht unmittelbar anzuwenden sind. Der sich daraus ergebenden grundlegenden Wertung ist allerdings bei Durchführung der Abwägung der Schutzgüter im Rahmen der Angemessenheitsprüfung nach § 307 BGB erhebliches Gewicht beizumessen.

c) Bedeutung des Betreuungsplatzes

Hinzu kommt, dass es sich bei der Inanspruchnahme eines Betreuungsplatzes regelmäßig um eine wichtige Angelegenheit handelt, da die Vertragspartner aus beruflichen Gründen auf den Betreuungsplatz angewiesen sind, vor allem wenn das Angebot an Betreuungsplätzen in erreichbarer Nähe begrenzt ist und die Betroffenen deshalb nicht ohne weiteres den Betreuungsplatz aufgeben können oder wollen.

d) Interessen der Kindertageseinrichtung und Schutzgüterabwägung

Zugunsten des Trägers der Kindertageseinrichtung ist das Interesse der Kindertageseinrichtung an einem möglichst hohen Infektionsschutz zu berücksichtigen.

Es stellt sich die Frage, ob die geforderten Impfungen nach STIKO-Empfehlung hierfür ein geeignetes, erforderliches und angemessenes Mittel sind.

Selbst wenn man der Auffassung wäre, dass Impfungen ein geeignetes Mittel sind, wäre eine starre Regelung, ohne Ausnahmen und ohne Änderungs- oder Widerrufsmöglichkeit nach ärztlicher Aufklärung im konkreten Fall für den Infektionsschutz nicht erforderlich und nicht angemessen:

Die Immunität kann individuell beurteilt werden, ohne abstrakt auf die Durchführung von Impfungen rekurren zu müssen, anhand durchgemachter Erkrankungen oder labor diagnostischer Messgrößen wie z.B. den individuellen Antikörpertiter im Blut.

Der Gesundheitszustand des Einzelnen und die damit einhergehende Nutzen-Risiko-Abwägung können und müssen individuell, im konkreten Fall und zum konkreten Zeitpunkt beurteilt werden.

Die vorliegende vorweggenommene, generalisierte und unwiderrufliche Einverständniserklärung ist daher für den Infektionsschutz jedenfalls weder erforderlich noch angemessen.

Die Vereinbarung unter § 1 des Betreuungsvertrages

„Wir legen Wert auf einen ausreichenden Impfschutz der Kinder (Empfehlung STIKO). Dieser ist Voraussetzung für den Besuch der Einrichtung.“

benachteiligt die Vertragspartner unangemessen und ist daher nach § 307 Absatz 1 BGB unwirksam. Die Vertragspartner der Kita sind an diese Klausel daher nicht gebunden.

Die Fragestellung, ob die Klausel außerdem auch wegen eines Verstoßes gegen den Allgemeinen Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 1 GG, unwirksam ist, wird im Rahmen des Themas „Impfschutz ist nicht gleich Immunschutz“ zu behandeln sein.

An dieser Stelle soll zunächst der Hinweis auf die Entscheidung des BGH vom 15.01.2013 (XI ZR 22/12) genügen, in welcher er ausführt:

„Unterstellt, Art. 3 GG wirke über § 307 BGB auf privatrechtliche Beziehungen ein (...), reicht seine Ausstrahlung höchstens so weit, eine systematische Diskriminierung einzelner Personen oder Gruppen in AGB zu verbieten.“

Es wird sich also unter anderem die Frage stellen, ob die Vorgabe der Kita „ausreichender Impfschutz nach STIKO“ eine systematische Diskriminierung der Gruppe der impfkritischen Menschen darstellt.

D. Zusammenfassung

Weder Bundesrecht noch brandenburgisches Landesrecht sehen eine Impfpflicht vor.

Für die Anforderung des Impfstatus bzw. des Impfpasses durch die Kindertageseinrichtung gibt es keine gesetzliche Grundlage. Eine Verpflichtung zur Impfpassvorlage ergibt sich auch nicht aus dem Betreuungsvertrag.

Ein Anspruch auf Aufnahme in die Kita kann sich aus dem Vertrag zwischen Kita-Träger und Träger der Jugendhilfe ergeben.

Ein gesetzlicher Anspruch auf Aufnahme (im Rahmen der Kapazität der Kita) ist bei einer in den öffentlichen Bedarfsplan eingebundenen und öffentlich bezuschussten Kita grundsätzlich zu bejahen. In Brandenburg steht dem allerdings der Rechtsgedanke des § 16 Abs. 1 S. 4 KitaG entgegen.

Ein Anspruch auf Gleichbehandlung bei der Entscheidung über die Aufnahme nach Art. 3 Abs. 1 GG besteht. Es ist zu prüfen, ob das seitens der Kita angewandte Auswahlkriterium „ausreichender Impfschutz nach STIKO“ sachlich gerechtfertigt ist.

Die Impf-Klausel im Betreuungsvertrag verstößt nicht gegen die guten Sitten.

Sie ist allerdings nach § 307 BGB wegen unangemessener Benachteiligung der Vertragspartner unwirksam.

Das vorliegende Gutachten beinhaltet eine allgemeine Bewertung, die eine rechtliche Prüfung und Beratung im Einzelfall nicht ersetzen kann.

Aschaffenburg, 05.09.2016,

Barbara Jöstlein
Rechtsanwältin