

## Gutachterliche Stellungnahme

### **Bestehen Erfolgsaussichten für das Vorgehen gegen die Kündigung eines Vertrages über ein Freiwilliges Soziales Jahr wegen nicht vorhandener Impfungen?**

#### Sachverhalt:

Am 17.08.2016 wurde eine dreiseitige Vereinbarung zwischen dem Träger (Verein), dem Freiwilligen und der Einsatzstelle (MVZ/Dialysezentrum) geschlossen. Hiernach wurde eine Tätigkeit des Freiwilligen im Dialysezentrum vom 01.09.2016 bis 31.08.2017 auf der Basis des Jugendfreiwilligendienstgesetzes (JFDG) vereinbart.

Mit E-Mail vom 24.08.2016 (Betreff: „FSJ-Kündigung“) teilte das Dialysezentrum dem Träger mit, der Freiwillige könne das FSJ in der Einrichtung nicht beginnen, weil er keinen Impfstatus vorweisen könne und er bzw. die Sorgeberechtigten auch nicht bereit seien, Impfungen durchführen zu lassen. Diese Nachricht leitete der Träger am 30.08.2016 per E-Mail (Betreff: „FSJ-Kündigung“) an die Mutter des Freiwilligen weiter mit dem Zusatz „viel Erfolg bei der weiteren Bewerbung“.

Der gutachterlichen Stellungnahme liegt die Frage zugrunde, ob gegen die Diskriminierung des ungeimpften Freiwilligen vorgegangen werden kann.

#### **1. Kündigungserklärung**

Die Vereinbarung über die Durchführung des Freiwilligen Sozialen Jahres konnte nach § 1 Ziff. 2 der Vereinbarung innerhalb der ersten zwei Monate unter Einhaltung einer Frist von zwei Wochen gekündigt werden.

Die E-Mail der Einsatzstelle vom 24.08.2016 an den Träger könnte eine Kündigung des Vertragsverhältnisses darstellen. Im Betreff ist ausdrücklich aufgeführt „FSJ-Kündigung“. Eine Kündigung muss gegenüber demjenigen ausgesprochen werden, den sie betrifft, der Ausspruch der Kündigung erfolgte nicht gegenüber dem Freiwilligen sondern gegenüber dem Träger. Es handelt sich daher bei dieser E-Mail nicht um eine Kündigung gegenüber dem Freiwilligen.

Allerdings hat der Träger die E-Mail am 30.08.2016 an die Mutter weitergeleitet, ebenfalls mit dem Betreff „FSJ-Kündigung“ und mit dem Zusatz „viel Erfolg bei der weiteren Bewerbung“.

Diese Erklärung des Trägers ist so zu verstehen, dass er sich die Mitteilung der Einsatzstelle zu eigen machte und dem Freiwilligen gegenüber erklärte, dass der Vertrag beendet sein sollte.

Arbeitsverhältnisse können nur schriftlich, das heißt mit eigenhändiger Originalunterschrift gekündigt werden, § 623 BGB. Es stellt sich daher die Frage, ob die Kündigung per E-Mail möglich war. Das ist der Fall, da die Vereinbarung über ein Freiwilliges Soziales Jahr keinen Arbeitsvertrag darstellt und daher die Vorschriften des Arbeitsrechtes grundsätzlich keine Anwendung finden. Ein Arbeitsverhältnis ist auf den Austausch von Arbeitsleistung und Vergütung gerichtet, das FSJ stellt einen freiwilligen Dienst ohne Erwerbsabsicht dar (§ 2 Abs. 1 Ziff. 1 JFDG).

Die Kündigung wurde nur gegenüber der Mutter des Freiwilligen ausgesprochen. Es reicht aus, dass die Erklärung nur gegenüber einem der beiden Sorgeberechtigten ausgesprochen wird (§ 1629 Abs. 1 Satz 2, 2. Halbsatz BGB).

Die Kündigung des Vertragsverhältnisses ist demnach ordnungsgemäß erklärt worden.

Gründe für die Kündigung waren nicht erforderlich. Weder der Vertrag noch das Gesetz sehen vor, dass die Kündigung einer Vereinbarung über ein Freiwilliges Soziales Jahr durch bestimmte Gründe gerechtfertigt sein muss. Im Rahmen der Vertragsfreiheit ist daher die Kündigung des Vertragsverhältnisses grundsätzlich möglich.

## **2. Unwirksamkeit der Kündigung wegen Diskriminierung**

Die Kündigung wäre nur dann unwirksam, wenn sich dies aus anderen Umständen ergibt.

### **a) Maßregelungsverbot**

Zu denken wäre an § 612a BGB, das sog. Maßregelungsverbot. Dieses sieht vor, dass der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer nicht benachteiligen darf, weil der Arbeitnehmer in zulässiger Weise seine Rechte ausübt. § 612a BGB ist aber vorliegend nicht anwendbar, da es sich bei der Vereinbarung über ein Freiwilliges Soziales Jahr nicht um ein Arbeitsverhältnis handelt.

### **b) Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz**

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) verbietet nur Diskriminierung aus Gründen der Rasse, der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität. Eine Diskriminierung wegen des Unterlassens medizinischer Maßnahmen ist nach dem AGG nicht verboten.

### c) Sittenwidrigkeit

Die Kündigung wäre unwirksam, wenn sie gegen die guten Sitten verstoßen würde (§ 138 BGB).

Sittenwidrigkeit setzt voraus, dass zu einer Diskriminierung weitere anstößige Umstände hinzutreten, die das Rechtsgeschäft in seinem Gesamtcharakter sittenwidrig machen, was sich für eine nicht vom AGG erfasste Diskriminierung nur ausnahmsweise feststellen lässt (Erman, BGB, Kommentar, 14. A., § 138, Rn. 104).

Sittenwidrigkeit könnte mit der Begründung bejaht werden, dass der Träger/die Einsatzstelle vom Freiwilligen ohne Prüfung des individuellen Falles eine potentiell gesundheitsgefährdende Maßnahme in Form von Impfungen verlangte.

Um Sittenwidrigkeit bejahen zu können, muss der Handelnde nun aber zumindest Kenntnis von den zur Sittenwidrigkeit führenden objektiven Umständen haben (Erman, a.a.O., Rn. 21). 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. Unter diesen Umständen kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Träger/die Einsatzstelle Kenntnis von der Gesundheitsgefährdung hatten.

Abgesehen davon ist die Dialyseeinrichtung nach § 23 Abs. 3 Satz 1 Infektionsschutzgesetz verpflichtet, sicher zu stellen, dass die nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft erforderlichen Maßnahmen getroffen werden, um nosokomiale Infektionen (Infektionen im Zusammenhang mit dem Besuch der Dialyseeinrichtung) zu verhüten. Es ist anzunehmen, dass die Einrichtung mit ihrer Maßnahme ihre Verpflichtung nach § 23 Abs. 3 IfSG erfüllen wollte, sie also – zumindest subjektiv – ein billigenwertes Ziel verfolgte.

Nach § 23 Abs. 3 Satz 2 IfSG wird die Einhaltung des Standes der medizinischen Wissenschaft auf diesem Gebiet vermutet, wenn die Empfehlungen der Kommission für Krankenhaushygiene und Infektionsprävention beim Robert-Koch-Institut (KRINKO) und der Kommission Antiinfektiva, Resistenz und Therapie beim Robert-Koch-Institut beachtet worden sind. Die Empfehlung der KRINKO „Infektionsprävention im Rahmen der Pflege und Behandlung von Patienten mit übertragbaren Krankheiten“ (Bundesgesundheitsblatt 2015) beinhaltet folgende Ausführungen:

*„Die Empfehlungen richten sich vor allem an Beschäftigte und verantwortliche Leitungen von medizinischen Einrichtungen und Krankenhäusern, Heimen und Betreuungseinrichtungen, in denen Patienten oder Bewohner untergebracht und gepflegt werden, bei denen akut Infektionskrankheiten auftreten können. Allerdings kann die Umsetzung einer Reihe der aufgeführten Maßnahmen auch in ambulanten medizinischen Einrichtungen bzw. Einrichtungen des Gesundheitswesens notwendig sein, da Patienten mit Infektionskrankheiten auch dort diagnostiziert und behandelt werden können. (...)*

*Das Risiko der Infektion und der Übertragung von Erkrankungen in Einrichtungen des Gesundheitssystems sowohl für die Beschäftigten als auch für die von ihnen betreuten Patienten kann durch Impfungen reduziert werden. Entsprechend werden von der Ständigen Impfkommission beim Robert Koch-Institut (STIKO) Impfungen gegen Hepatitis A, Hepatitis B, Influenza, Masern, Mumps, Pertussis, Poliomyelitis, Röteln und Varizellen als Impfungen auf Grund eines erhöhten beruflichen Risikos*

*empfohlen, z.B. nach Gefährdungsbeurteilung gemäß Arbeitsschutzgesetz/Biostoffverordnung/Verordnung zur arbeitsmedizinischen Vorsorge (ArbMedVV) und dem G42 (Berufsgenossenschaftlicher Grundsatz G 42 „Tätigkeiten mit Infektionsgefährdung“). Die Details der Empfehlung können den jeweils aktuellen Publikationen der STIKO entnommen werden. (...)“*

Eine Pflicht der medizinischen Einrichtung, Impfungen vom Personal zu verlangen, lässt sich hieraus zwar nicht entnehmen. Wenn die medizinische Einrichtung vom Personal aber Impfungen verlangt, dürfte sie dies mit dem Ziel tun, ihre Infektionsschutzpflicht aus § 23 Absatz 3 IfSG zu erfüllen. Auf diesem Hintergrund kann keine Sittenwidrigkeit angenommen werden. Auch die Beweggründe des Handelnden sind für die Beurteilung der Frage, ob Sittenwidrigkeit vorliegt, von Belang (Turner, MDR 1991, 569).

### **Exkurs:**

Zwangsimpfungen des Personals sind nach § 6 der Verordnung zur arbeitsmedizinischen Vorsorge (ArbMedVV) nicht zulässig. Das gilt auch für Freiwillige, auf welche die Arbeitsschutzbestimmungen nach § 13 JFDG Anwendung finden. Nach § 6 ArbMedVV dürfen körperliche oder klinische Untersuchungen nicht gegen den Willen des Beschäftigten durchgeführt werden. Impfungen werden im Rahmen der arbeitsmedizinischen Vorsorge lediglich angeboten, § 6 Abs. 2 Satz 2 ArbMedVV.

Unabhängig davon ist die Frage zu beantworten, ob die Nichtdurchführung der Impfungen den Arbeitgeber zur Kündigung berechtigt bzw. ob eine deshalb ausgesprochene Kündigung unwirksam ist. Im Arbeitsverhältnis – das hier nicht vorliegt – könnte eine seitens des Arbeitgebers auferlegte Impfpflicht gegen § 612a BGB verstoßen (s.o.), weil der Arbeitnehmer nicht dafür bestraft werden darf, wenn er seine Rechte (gesundheitliches Selbstbestimmungsrecht) wahrnimmt.

### **d) Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 GG**

Die Kündigung könnte auch dann unwirksam sein, wenn sie gegen Grundrechte verstößt. In Betracht kommen der Gleichbehandlungsgrundsatz und der Schutz der körperlichen Unversehrtheit.

Grundrechte binden unmittelbar nur die staatliche Gewalt, Behörden und öffentliche Einrichtungen. Im Bereich des Privatrechts gilt die Vertragsfreiheit, private Personen und Institutionen sind grundsätzlich nicht zur Gleichbehandlung und nicht zum (über die Strafgesetze hinausgehenden) Schutz der körperlichen Unversehrtheit verpflichtet.

Private Institutionen sind nur unter bestimmten Voraussetzungen an die Grundrechte gebunden. Eine Grundrechtsbindung setzt zunächst voraus, dass der privaten Institution durch den Staat eine öffentliche Aufgabe übertragen wurde.

Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 JFDG dienen die Jugendfreiwilligendienste der Förderung der Bildungsfähigkeit der Jugendlichen und gehören zu den „besonderen Formen des

bürgerschaftlichen Engagements“. Sie werden in „gemeinwohlorientierten Einrichtungen geleistet, insbesondere in Einrichtungen der Wohlfahrtspflege, in Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe, einschließlich der Einrichtungen für außerschulische Jugendbildung und Einrichtungen für Jugendarbeit, in Einrichtungen der Gesundheitspflege, in Einrichtungen der Kultur und Denkmalpflege oder in Einrichtungen des Sports“, § 3 Abs. 1 JFDG.

An der Umsetzung des Freiwilligendienstes sind zwei Institutionen beteiligt: der Träger und die Einsatzstelle. Entsprechend wurde auch eine dreiseitige Vereinbarung geschlossen. Zu klären ist deshalb vorab die Frage, wer von den beiden welche öffentliche Aufgabe erfüllt und daran anknüpfend ob und inwieweit er an die Grundrechte gebunden ist.

aa) Aufgabe des Trägervereins

Der satzungsgemäße Zweck des Trägervereins ist die Förderung des freiwilligen Engagements junger Leute im Rahmen des FSJ, interessierter Bürger im Rahmen des BFD und in weiteren Freiwilligendiensten zur Bildung und zur Lebensorientierung sowie die pädagogische Begleitung im Praxisprozess. Der Verein ist an der Erfüllung der öffentlichen Bildungsaufgabe beteiligt.

Es ist davon auszugehen, dass der Trägerverein als „weiterer Träger“ im Sinn des § 10 Abs. 2 JFDG seitens der zuständigen Landesbehörde zugelassen wurde.

Ein öffentlicher Bedarfsplan für den Einsatz/für Einsatzstellen von Freiwilligen existiert nicht.

bb) Aufgabe der Einsatzstelle

Die Einsatzstelle befindet sich in einem MVZ (Medizinisches Versorgungszentrum). Ein MVZ ist in die kassenärztliche (vertragsärztliche) Versorgung eingebunden (vertragsärztliche Zulassung, Versorgungsverpflichtung für Versicherte der gesetzlichen Krankenkassen, Abrechnung über Kassenärztliche Vereinigung). Das MVZ ist an der Erfüllung der öffentlichen Gesundheitsvorsorge beteiligt.

cc) öffentliche Förderung

Eine Förderung des Freiwilligendienstes kann nach der Richtlinie des Sächsischen Staatsministeriums für Soziales und Verbraucherschutz zur Förderung von Freiwilligendiensten im Freistaat Sachsen (RI-FwD) erfolgen. Die Förderung erfolgt auf Antrag für ein Projekt für die Dauer von bis zu 12 Monaten. Es besteht nach der Richtlinie kein Anspruch auf eine Förderung, die Förderung erfolgt in Form von Zuwendungen im Rahmen der verfügbaren Haushaltsmittel.

dd) Rechtslage

Unter welchen Voraussetzungen private Institutionen an die Grundrechte gebunden sind, ist gerichtlich nur teilweise entschieden.

In seiner Entscheidung vom 17.06.2003 ließ der Bundesgerichtshof die Frage, ob eine Privatbank, welche öffentliche Subventionen an private Zuschussempfänger vermittelte, an Art. 3 Abs. 1 GG gebunden war, unbeantwortet (BGH vom 07.06.2003, XI ZR 195/02). Der BGH führte hier aus, bisher nehme die Rechtsprechung eine Grundrechtsbindung nur für Privatrechtssubjekte an, die zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben gegründet worden seien oder deren Kapital mehrheitlich von der öffentlichen Hand gehalten werde. Es sei bisher nicht entschieden – und könne in dem betreffenden Fall ebenfalls offen bleiben –, ob auch Privatrechtssubjekte dem Verwaltungsprivatrecht unterliegen, die aufgrund von Verträgen mit einem Verwaltungsträger fest in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben eingebunden seien und vertraglich den Weisungen des Verwaltungsträgers unterlägen.

Das MVZ erfüllt öffentliche Aufgaben gegenüber den Kassenpatienten und ist in die vertragsärztliche Versorgung eingebunden. In diesem Verhältnis könnte man daher an eine Grundrechtsbindung denken. Gegenüber dem Freiwilligen wird das MVZ nun aber nicht in Erfüllung dieser öffentlichen Aufgabe tätig sondern in einer einem Arbeitgeber vergleichbaren Rolle. Ob trotzdem auch in diesem Verhältnis eine Grundrechtsbindung angenommen werden könnte, ist sehr fraglich. Rechtsprechung zu der Frage, ob Ärzte (MVZ), die an der öffentlichen Versorgung gesetzlich Versicherter beteiligt sind, gegenüber ihren Mitarbeitern an die Grundrechte gebunden sind, liegt soweit ersichtlich nicht vor. Im Hinblick auf die bisher eher restriktive Rechtsprechung zur unmittelbaren Grundrechtsbindung, ist offen, ob eine Grundrechtsbindung seitens des Gerichts bejaht würde.

Der Trägerverein erfüllt zwar öffentliche Bildungsziele. Eine Einbindung des Trägers in die Verwaltungsstrukturen ist aber nicht ersichtlich. Weder gibt es einen Bedarfsplan für Freiwilligendienste, noch gibt es eine über Zuwendungen hinaus gehende strukturierte Förderung. Anders als bei öffentlicher Gesundheitsvorsorge oder bei Betreuungseinrichtungen gibt es auch keinen Anspruch auf einen Einsatz als Freiwilliger. Auch insoweit ist offen ob eine Grundrechtsbindung seitens des Gerichts bejaht würde.

### **3. Fazit**

Der Freiwillige könnte eine Klage am Arbeitsgericht erheben (zuständig nach § 2 Ziff. 8 ArbGG) mit dem Antrag festzustellen, dass sein Vertragsverhältnis mit dem Träger und der Einsatzstelle durch die Kündigung nicht beendet wurde.

Die Erfolgsaussichten einer solchen Klage sind gänzlich offen. Der Schwerpunkt der Auseinandersetzung läge zunächst auf der höchst problematischen Frage, ob und inwieweit eine Grundrechtsbindung der Beteiligten besteht.

Zur Vorbereitung einer solchen Klage wäre die Einholung eines ausführlichen Rechtsgutachtens zum rechtswissenschaftlichen Meinungsstand zu der Thematik „Grundrechtsbindung privater Institutionen“ empfehlenswert. Die weitere Aufarbeitung dieser wenig geklärten Thematik würde den Rahmen dieser gutachterlichen Stellungnahme sprengen.

Die ausführliche Klärung, ob eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes tatsächlich im konkreten Fall vorliegt, macht erst dann Sinn, wenn überhaupt eine Grundrechtsbindung bejaht werden kann.

Aschaffenburg, 27.10.2016,

Barbara Jöstlein  
Rechtsanwältin