

Liebe Leserin, lieber Leser,

mit diesem Mandantenbrief informieren wir Sie über aktuelle Entwicklungen aus unseren Fachgebieten Arbeitsrecht, Medizinrecht und Sozialrecht.

## SOZIALRECHT I

### Arbeitsunfall? Berufsgenossenschaft muss alkoholbedingte Verkehrsuntüchtigkeit im Zweifelsfall nachweisen können

Wegeunfall und Alkohol - Bayerisches Landessozialgericht zur Einstandspflicht der Gesetzlichen Unfallversicherung.

Unfälle auf dem Wege zur und von der Arbeit sind grundsätzlich unfallversichert. Kommt es zu dem Einwand, dass ein Wegeunfall alkoholbedingt ausnahmsweise nicht dem gesetzlichen Versicherungsschutz unterfällt, trägt die Beweislast hierfür die Berufsgenossenschaft. Ist die alkoholbedingte Verkehrsuntüchtigkeit nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nachweisbar, bleibt es bei der Einstandspflicht des Unfallversicherungsträgers. Dies geht aus einer Entscheidung des Bayerischen LSG hervor.

## NEUES AUS DER KANZLEI

### FACHANWALT FÜR MEDIZINRECHT

Aufbauend auf dem langjährigen Tätigkeitsschwerpunkt hat Severin Bodenstaff mit dem „Fachanwalt für Medizinrecht“ seine dritte Fachanwaltschaft erlangt. Das Rechtsgebiet umfasst alle Angelegenheiten des Berufs-, Vertrags- und Gesellschaftsrechts der Heilberufe, außerdem Zulassungs- und Vergütungsfragen, Vertragsarzt-/Vertragszahnarztrecht sowie Arzthaftungsangelegenheiten.

### VORTRAG „ARBEITSRECHT FÜR ARBEITGEBER“

**Vorankündigung:** Dr. Klaus Wessel, Vorsitzender Richter am Landesarbeitsgericht, und Severin Bodenstaff informieren über arbeitsrechtliche Themen. Am **26. September 2012 um 17.00 Uhr**, im **Sport- und Tagungshotel Maifeld** in Werl.

## THEMENÜBERSICHT

### SOZIALRECHT

- I Arbeitsunfall? Berufsgenossenschaft muss alkoholbedingte Verkehrsuntüchtigkeit im Zweifelsfall nachweisen können
- II Befreiung von der elektronischen Gesundheitskarte nicht möglich

### ARBEITSRECHT

- I Keine Kündigung bei fehlender Abmeldung im Zeiterfassungssystem bei Raucherpausen ohne vorherige Abmahnung

Der Kläger des zugrunde liegenden Falls war auf dem Heimweg von der Arbeit im gemeindlichen Bauhof mit seinem Wagen von der Straße abgekommen und verunfallt. Über fünf Stunden später suchte er ein Krankenhaus auf. Dort stellte man einen Bruch der Halswirbelsäule fest - aber auch eine Blutalkoholkonzentration von 1,5 Promille.

### Berufsgenossenschaft schließt Arbeitsunfalls wegen alkoholbedingter Fahruntüchtigkeit ab

Die zuständige Berufsgenossenschaft lehnte die Feststellung eines Arbeitsunfalls ab, denn der Unfall sei wesentlich durch alkoholbedingte Fahruntüchtigkeit verursacht. Der Zusammenhang mit einer versicherten Arbeit trete dahinter zurück. Das Sozialgericht hatte diese Entscheidung bestätigt.

### Alkoholkonsum vor und nach dem Unfall nicht mehr nachweisbar

In der Berufung entschied das Bayerische Landessozialgericht anders. Die Angabe des Klägers, er habe nach dem Unfall Schnaps getrunken, schließe eine Rückrechnung der Blutalkoholkonzentration von 1,5 Promille auf den Unfallzeitpunkt aus. Wieviel Alkohol der Kläger



vor und nach dem Unfall getrunken hatte, sei trotz umfangreicher Beweisaufnahme nicht mehr aufklärbar gewesen. Die Aussagen der einvernommenen Arbeitskollegen hätten keinen entsprechenden Nachweis erbracht. Ein medizinisches Sachverständigengutachten habe verneint, dass ein jahrelanger überhöhter Alkoholkonsum die erhebliche Alkoholisierung des Klägers im Unfallzeitpunkt beweise. Allein bewiesen sei deshalb der Unfall auf dem versicherten Nachhauseweg. Für den Einwand, der Unfall sei entscheidend auf die Alkoholisierung des Klägers zurückzuführen, sei die Berufsgenossenschaft im Ergebnis beweislos geblieben. Ein Arbeitsunfall sei deshalb anzuerkennen.

Bundesarbeitsgericht, 07.04.2011, 7 AZR 716/09

---

## SOZIALRECHT II

---

### **Befreiung von der elektronischen Gesundheitskarte nicht möglich**

Befreiung von der Pflicht zur elektronischen Gesundheitskarte gesetzlich nicht vorgesehen

**Das Sozialgericht Düsseldorf hat die Möglichkeit zur Befreiung von der elektronischen Gesundheitskarte verneint.**

Der aus Wuppertal stammende, 32-jährige Kläger des zugrunde liegenden Rechtsstreits erhob gegen die Bergische Krankenkasse Solingen datenschutzrechtliche Bedenken gegen die beabsichtigte Einführung der elektronischen Gesundheitskarte. Die Datenspeicherung auf der elektronischen Gesundheitskarte wird gegenüber der bisherigen Krankenversicherungskarte so erweitert, dass auf freiwilliger Basis neben den schon heute gespeicherten Daten (wie Name, Anschrift, Gültigkeitsdauer) nun auch vertrauliche personenbezogene, den Gesundheitszustand betreffende Angaben auf der Karte hinterlegt werden können. Zu diesen Daten gehören z.B. Angaben zur Versorgung im Notfall, ein elektronischer Arztbrief oder Angaben zur Medikamenteneinnahme. Derzeit verfügt der Kläger noch über eine bis zum Ende des Jahres gültige Krankenversicherungskarte.

### **Versicherter kann selbst über gespeicherte Informationen auf elektronischer Gesundheitskarte bestimmen**

Das Sozialgericht Düsseldorf wies die Klage jedoch ab. In der Urteilsbegründung führte das Gericht aus, dass der Kläger gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Befreiung von der elektronischen Gesundheitskarte habe. Eine Befreiung von der Pflicht zur elektronischen Gesundheitskarte sei gesetzlich nicht vorgesehen. Dies sei auch verfassungsrechtlich unbedenklich. Der Versicherte bestimme selbst über die Informationen, die auf der elektronischen Gesundheitskarte gespeichert würden. Allein im Hinblick auf Pflichtangaben sei der Kläger jedoch nicht beschwert, da diese identisch seien mit den Angaben auf der bisherigen Krankenversicherungskarte. Die elektronische Gesundheitskarte weise im Übrigen nur nach, dass der Kläger in der gesetzlichen Krankenversicherung versichert sei. Der Sachleistungsanspruch des Klägers werde durch die elektronische Gesundheitskarte nicht berührt.

### **Umfassende Prüfung der Rechtmäßigkeit der Einführung der elektronischen Gesundheitskarte hier nicht Aufgabe des Gerichts**

Im Hinblick auf den konkreten Streitgegenstand gebe es daher keine Veranlassung, auf die (datenschutz-)rechtlichen Bedenken bezüglich der weiteren jedoch freiwilligen und erst zukünftigen Speichermöglichkeiten auf elektronische Gesundheitskarte im Allgemeinen einzugehen. Aufgabe des Gerichts sei nicht die umfassende Prüfung der Rechtmäßigkeit der Einführung der elektronischen Gesundheitskarte, sondern die konkrete Beschwerde des Klägers.

Sozialgericht Düsseldorf, 28.06.2012, S 9 KR 111/09



## ARBEITSRECHT

### **Keine Kündigung bei fehlender Abmeldung im Zeiterfassungssystem bei Raucherpausen ohne vorherige Abmahnung**

Abmahnung ist nur entbehrlich, wenn keine Verhaltensänderung des Arbeitnehmers zu erwarten ist

**Die fristlose Kündigung soll ein Arbeitsverhältnis beenden, dessen Fortführung dem kündigenden Vertragspartner nicht weiter zuzumuten ist. Andernfalls setzt die Rechtswirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung jedoch eine Abmahnung voraus. So muss ein Arbeitnehmer die Möglichkeit erhalten, sein Fehlverhalten zu ändern und damit das Vertrauen seines Arbeitgebers wiederzugewinnen. Dies geht aus einem Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm hervor.**

Im vorliegenden Fall wurde einem seit mehr als zehn Jahren bei einem Logistikunternehmen beschäftigten Sachbearbeiter fristlos gekündigt, da er es häufiger unterlassen hatte, Arbeitsunterbrechungen vorschriftsmäßig anzumelden. Der Arbeitgeber warf seinem Mitarbeiter vor, er habe sich nicht wie vorgesehen am Terminal im Zugangsbereich des Großraumbüros abgemeldet, als er dieses zu privat veranlasster Arbeitsunterbrechung verließ. Damit habe er sich Arbeitsvergütung für die Dauer der eingelegten Pausen erschlichen. Nachdem zunächst nur ein Verdacht bestand, sei man dazu übergegangen, den Mitarbeiter zu beobachten und habe dabei insgesamt elf Verstöße festgestellt. Der Mann sei damit auf eine Gesamtabwesenheitszeit von 267 Minuten gekommen. Das Unternehmen kündigte dem Mitarbeiter daraufhin mit der Begründung, in dem vorgeworfenen Fehlverhalten liege eine nachhaltige Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten in Form des Arbeitsbetruges. Dem Arbeitgeber sei damit nach eigener Auffassung die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar gewesen.

### **Vor Ausspruch der fristlosen Kündigung hätte eine Abmahnung erfolgen müssen**

Das Landesarbeitsgericht Hamm erklärte die erfolgte fristlose Kündigung jedoch für unwirksam. Es liege kein wichtiger Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB vor. So sei die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für den Ar-

beitgeber weder unzumutbar gewesen, noch könne die Kündigung als sozial gerechtfertigt angesehen werden. Grundsätzlich sei das Fehlverhalten des Arbeitnehmers zwar geeignet, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen, im konkreten Fall, nach Abwägung der Interessen, käme das Gericht jedoch zu der Feststellung, dass eine fristlose Kündigung ohne vorangegangene Abmahnung als unverhältnismäßig anzusehen sei. Es komme darauf an, ob zum Kündigungszeitpunkt die Prognose berechtigt gewesen sei, der Mitarbeiter hätte sich durch Ausspruch einer Abmahnung zu einem künftigen vertragsrechtlichen Verhalten veranlasst sehen können und damit das erforderliche Vertrauen seines Arbeitgebers wiederherstellen können. Im vorliegenden Fall habe der Arbeitgeber zudem die Möglichkeit gehabt, den Arbeitnehmer rechtzeitig auf sein Fehlverhalten aufmerksam zu machen. Die über eine gewisse Zeit erfolgte Beobachtung habe ausreichend Möglichkeit geboten, bereits nach dem ersten oder zweiten festgestellten Pflichtverstoß dafür zu sorgen, dass sich dieses Verhalten nicht weiter fortsetze.

### **Abmahnung nur entbehrlich, wenn Verhaltensänderung nicht zu erwarten ist oder festgestellte Pflichtverletzung schwer wiegt**

Einer Abmahnung bedürfe es nur dann nicht, wenn diese aussichtslos erscheine, weil der Abzumahnende ohnehin zu einer Verhaltensänderung nicht bereit sei oder die festgestellte Pflichtverletzung so schwer wiege, dass eine Abmahnung nicht mehr als ausreichendes Mittel zur Wahrung der Interessen des Arbeitgebers angesehen werden könne. Eine Bewertung des Verhaltens als Arbeitszeitbetrug, und damit die Feststellung einer besonderen Schwere der Pflichtverletzung, sei nicht gerechtfertigt. Kennzeichnend für diesen Straftatbestand wäre schließlich das Vorliegen einer Täuschungserklärung. Würde sich der Arbeitnehmer beispielsweise seine Stempelkarte von einem Kollegen abstempeln lassen, obwohl er selbst nicht im Betrieb erscheine, täusche er den Arbeitgeber über die Dauer der Anwesenheit im Betrieb. Da dies im vorliegenden Fall jedoch nicht gegeben war, könne eine besondere Schwere der Pflichtverletzung nicht festgestellt werden. Nach Abwägung der Interessen sei das Arbeitsverhältnis damit für nicht beendet zu erklären gewesen.

Landesarbeitsgericht Hamm, 17.03.2011, 8 Sa 1854/10



### **Wichtiger Hinweis!**

Die abgedruckten Artikel stellen keine Beratung unserer Kanzlei dar und wir übernehmen keine Haftung für den Inhalt. Die Artikel dienen lediglich der Orientierung und können allenfalls der Verschaffung eines ersten Eindrucks der allgemeinen Rechtslage unter Vorbehalt dienen. Eine Anwendung auf einen konkreten Fall ist nicht ohne weiteres möglich. Denn jeder Einzelfall hängt von einer Vielzahl von Faktoren, Fragestellungen und nicht zuletzt von der Ermittlung und Darstellung der zugrunde liegenden Tatsachen, z. B. durch geeignete Beweiserhebung und -auswertung, ab.

Wir empfehlen auf jeden Fall, das persönliche Gespräch mit unserer Kanzlei zu suchen. Gern können Sie mit uns einen Termin vereinbaren, um zu erfahren, wie ein konkreter Einzelfall vor dem Hintergrund der abgedruckten Artikel zu werten sein kann.



**“Arbeits-, Sozial- und Medizinrecht -  
da ist mehr möglich, als Sie denken.”**

### **Severin Bodenstaff**

Fachanwalt für Arbeitsrecht  
Fachanwalt für Medizinrecht  
Fachanwalt für Sozialrecht

**Immer ein gutes Argument**



ARBEIT  
GESUNDHEIT  
SOZIALES

**3 KANZLEI  
BODENSTAFF**

Unnaer Straße 9 · 59457 Werl

Freecall 0800.bodenstaff

Telefon 02922.878189-1

Telefax 02922.878189-2

E-Mail [kanzlei@bodenstaff.de](mailto:kanzlei@bodenstaff.de)

Internet [www.bodenstaff.de](http://www.bodenstaff.de)