

# THOMSEN RECHTSANWÄLTE

## NEWSLETTER

### DEZEMBER 2017

#### Arbeitsrecht

Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei der Massentlassungsanzeige

Unbegrenzte Übertragung des Urlaubsanspruchs

Pflicht des Arbeitgebers zur Urlaubsgewährung - europarechtliche Zulässigkeit des Urlaubsverfalls

Das Präsentieren eines Hakenkreuzes auf dem Einband der Originalausgabe von „Mein Kampf“ rechtfertigt die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses auch ohne Abmahnung

Versetzung von der Nacht- in die Wechselschicht aus gesundheitlichen Gründen ohne BEM möglich

#### Verwaltungsrecht

Kein Anspruch auf unentgeltliche Benutzung von Sanifair-Toiletten an Autobahnraststätten - Klage gegen Land Rheinland-Pfalz bereits unzulässig

#### Beamtenrecht

Grundsätzlich keine Beihilfe für nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel - Ausschlussregelung in der Bundesbeihilfeverordnung wirksam

#### Medizinrecht

Anspruch auch mittelloser Versicherter auf Hautstraffungsoperation kraft fingierter Genehmigung

#### Erbrecht

Anfechtung wechselbezoglicher Verfügungen des erstversterbenden Ehegatten durch einen Dritten

Vertraglich vereinbarter Beginn der Tätigkeitspflicht des Erbenermittlers

Testamentsauslegung: Ausschluss von der gesetzlichen Erbfolge

Stabelstraße 10

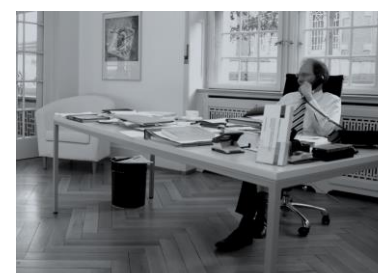
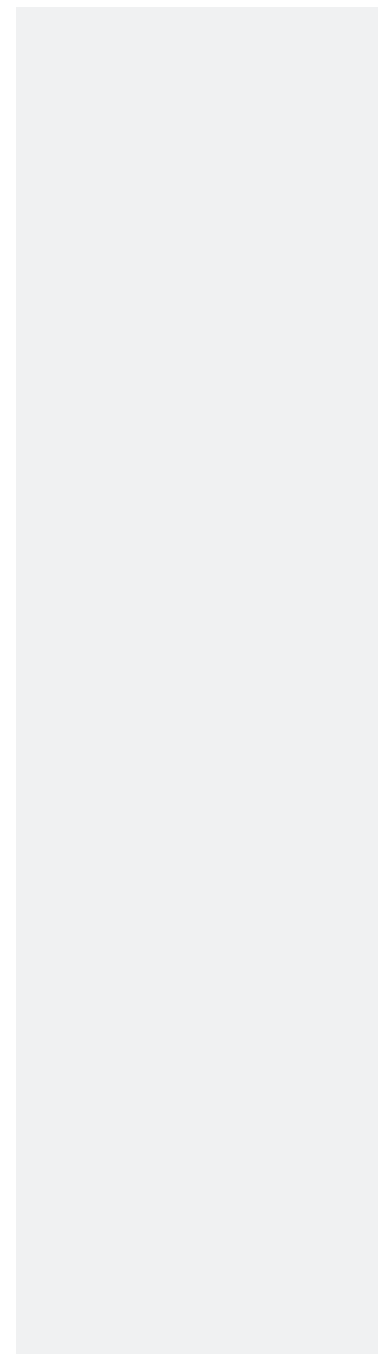
D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93

Fax +49 (0)721-83024-94

[www.thomsen-ra.de](http://www.thomsen-ra.de)

[kontakt@thomsen-ra.de](mailto:kontakt@thomsen-ra.de)



# THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10  
D-76133 Karlsruhe  
Tel. +49 (0)721-83024-93  
Fax +49 (0)721-83024-94  
www.thomsen-ra.de  
kontakt@thomsen-ra.de

## Arbeitsrecht

### BAG, Beschluss vom 16.11.2017, Az.: 2 AZR 90/17

#### Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei der Massenentlassungsanzeige

#### Einleitung

Bevor ein Arbeitgeber Entlassungen von Arbeitnehmern vornimmt, die die in § 17 KSchG vorgesehenen Schwellenwerte überschreiten, hat er der Agentur für Arbeit Anzeige zu erstatten. Der Schwellenwert hängt von der Größe des Betriebs ab. Je mehr Arbeitnehmer in einem Betrieb beschäftigt sind, desto mehr Entlassungen sind erforderlich, um von einer „Massenentlassung“ sprechen zu können. Was wie eine Formalie klingt, hat sich seit der Junk-Entscheidung des EuGH (NZA 2005, NZA Jahr 2005 Seite 213), des BAG und jüngst auch des BVerfG zu einem fehlerträchtigen Verfahren mit gravierenden Folgen entwickelt. Eine fehlerhafte Massenentlassungsanzeige führt regelmäßig zur Nichtigkeit aller ausgesprochenen Kündigungen.

In Betrieben mit mehr als 20 und weniger als 60 Arbeitnehmern besteht Anzeigepflicht, wenn mehr als 5 Arbeitnehmer von einer Entlassung betroffen sind, mit in der Regel mindestens 60 und weniger als 500 Arbeitnehmern, wenn 10 % der im Betrieb regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer oder aber mehr als 25 Arbeitnehmer betroffen sind und mit in der Regel mindestens 500 Arbeitnehmern, wenn mindestens 30 Arbeitnehmer von Entlassung betroffen sind.

Ob Leiharbeiter bei der Zahl der regelmäßig im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer mitzählen, ist umstritten. Das LAG Düsseldorf hatte der



# THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10  
D-76133 Karlsruhe  
Tel. +49 (0)721-83024-93  
Fax +49 (0)721-83024-94  
[www.thomsen-ra.de](http://www.thomsen-ra.de)  
[kontakt@thomsen-ra.de](mailto:kontakt@thomsen-ra.de)

Kündigungsschutzklage stattgegeben. Nach Auffassung des LAG hätte der Arbeitgeber eine Massenentlassungsanzeige erstatten müssen. Leiharbeiter seien bei der Bestimmung der Betriebsgröße nicht zu berücksichtigen. Dies gebiete insbesondere nicht der Sinn und Zweck des § 17 KSchG. Denn § 17 KSchG verfolge in erster Linie arbeitsmarktpolitische Ziele und bezwecke den individualrechtlichen Schutz des Arbeitnehmers vor dem Ausspruch einer Kündigung sowie die Absicherung der Mitwirkung des Betriebsrats. Eine differenzierte Sichtweise, nach der Leiharbeiter zwar bei der Größe des Betriebs, nicht aber bei der Anzahl der zu entlassenden Arbeitnehmer zu berücksichtigen seien, widerspreche dem Schutzzweck des § 17 KSchG. Denn je größer der Betrieb sei, umso mehr Arbeitnehmer müssen entlassen werden, damit die Pflichten des § 17 KSchG ausgelöst werden.

Dagegen wird vertreten, dass Leiharbeiter bei der Zahl der regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer im Entleiherbetrieb mitzuzählen seien (ErfK/*Kiel*, § 17 KSchG, Rn. 11; APS/*Moll*, § 17, Rn. 18 a). Nach der jüngeren Rechtsprechung des BAG, kommt es zur Bestimmung der Betriebsgröße nicht maßgeblich auf das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses an, sondern auf die tatsächliche Beschäftigung (BAG NZA 2013, 762). Das BAG hat mehrfach entschieden, dass Leiharbeiter zur Belegschaft des Entleiher-Betriebs zählen, wenn es um die Frage geht, ob dieser Betrieb bestimmte arbeitsrechtliche Schwellenwerte erreicht, so z.B. den Schwellenwert von mindestens 21 Arbeitnehmern für die Sozialplanpflicht oder den Schwellenwert von mehr als zehn Arbeitnehmern für den Kündigungsschutz nach dem KSchG. Auch bei der Ermittlung der Arbeitnehmerzahl des Betriebs, von der die Größe des Betriebsrats abhängt, zählen Leiharbeiter mit.



# THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10  
D-76133 Karlsruhe  
Tel. +49 (0)721-83024-93  
Fax +49 (0)721-83024-94  
www.thomsen-ra.de  
kontakt@thomsen-ra.de

## Sachverhalt

Der Arbeitgeber betreibt Bildungseinrichtungen. Er beschäftigte in seinem Betrieb regelmäßig weniger als 120 angestellte Arbeitnehmer; diese Zahl wurde durch zusätzlich eingesetzte Leiharbeiter überschritten. Innerhalb von 30 Tagen wurden die Arbeitsverhältnisse von mindestens 12 Arbeitnehmern gekündigt. Der Arbeitgeber hat keine Massentlassungsanzeige erstattet. Eine der gekündigten Arbeitnehmer hat geltend gemacht, es habe sich um eine anzeigepflichtige Massentlassung gehandelt und Kündigungsschutzklage erhoben. Die Parteien streiten darüber, ob der Arbeitgeber mehr als 10 % der regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer entlassen hat, so dass der Schwellenwert aus § 17 Abs. 1 Nr. 2 KSchG überschritten wurde.

Gegen das Urteil des LAG Düsseldorf wurde Revision zum BAG eingelegt.

Das BAG hat die Frage nicht selbst entschieden, sondern den EuGH um Beantwortung u.a. der Frage gebeten, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen Leiharbeiter unter Berücksichtigung von Art. 1 Abs. 1 (1a) RL 98/59/EG bei der Bestimmung der Zahl der in einem Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer i.S.d. § 17 Abs. 1 KSchG zu berücksichtigen sind.

## Entscheidung

Das BAG hat dem EuGH u.a. die Fragen vorgelegt,

(1) ob Art 1 Abs. 1 (1a) RL 98/59/EG dahin auszulegen ist, dass bei der Bestimmung der Zahl der in der Regel in einem Betrieb eines entleihenden Unternehmens tätigen Arbeitnehmer dort eingesetzte Leiharbeiter mitzählen können und, wenn ja,



# THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10  
D-76133 Karlsruhe  
Tel. +49 (0)721-83024-93  
Fax +49 (0)721-83024-94  
www.thomsen-ra.de  
kontakt@thomsen-ra.de

(2) welche Voraussetzungen für die Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei der Bestimmung der Anzahl der in der Regel in einem Betrieb eines entleihenden Unternehmens tätigen Arbeitnehmer gelten. Es sei entscheidungserheblich, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen Leiharbeitnehmer bei der Bestimmung der Zahl der in einem Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer i.S.d. § 17 Abs.1 Nr. 2 KSchG zu berücksichtigen sind.

## Fazit

Arbeitsmarktpolitische Zwecke sprechen in der Tat dagegen, die Schwellenwerte des § 17 Abs. 1 KSchG durch die Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei der Zahl der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer zu erhöhen. Beratungsbedarf entsteht bei der Arbeitsagentur für die zu entlassenden Arbeitnehmer. Die Leiharbeitnehmer kehren zum Verleiher zurück. Stellt man dagegen auf die betriebliche Mitwirkung des Betriebsrates durch das vorgeschriebene Konsultationsverfahren ab, erscheint es mehr als widersprüchlich, dass Leiharbeitnehmer für die Größe des Betriebsrats relevant sein sollen (BAG, NZA 2013, 789) und für den Schwellenwert für einen Interessenausgleich (BAG, NZA 2012, 221), nicht aber bei Massenentlassungen, die ein Konsultationsverfahren mit dem Betriebsrat auslösen.

Warten wir ab, was in Brüssel entschieden wird. Bis dahin sollte man aus Vorsicht im Zweifel immer eine Massenentlassungsanzeige abgeben, wenn die Schwellenwerte auch ohne Berücksichtigung der Leiharbeitnehmer überschritten werden

T



# THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10  
D-76133 Karlsruhe  
Tel. +49 (0)721-83024-93  
Fax +49 (0)721-83024-94  
www.thomsen-ra.de  
kontakt@thomsen-ra.de

## EuGH, Urteil vom 29.11.2017, Az.: C-214/16

### Unbegrenzte Übertragung des Urlaubsanspruchs

#### Einleitung

Nach Art. 31 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC) hat jeder Arbeitnehmer das Recht auf bezahlten Jahresurlaub. Eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) auf ein Vorabentscheidungsverfahren aus Großbritannien zeigt ein ganz erhebliches Risiko bei der Beschäftigung von Scheinselbständigen auf, denen kein bezahlter Urlaub gewährt wurde.

#### Sachverhalt

Im Ausgangsfall ging es um einen vermeintlich selbständigen Verkäufer namens King aus Großbritannien, der über 13 Jahre lang für ein Unternehmen auf Provisionsbasis tätig war. Nach Eintritt in den Ruhestand verlangte Herr King für die Dauer der Beschäftigung Urlaubsabgeltung.

Die englischen Gerichte stellten fest, dass Herr King Arbeitnehmer sei und daher Anspruch auf Urlaubsabgeltung habe. Nach englischen Regeln sei jedoch der Anspruch auf finanzielle Abgeltung für den in den Jahren 1999 bis 2012 nicht genommenen Jahresurlaub verfristet. Das vorliegende Gericht wollte daraufhin wissen,

- ob ein Arbeitnehmer zunächst Urlaub nehmen muss, ohne zu wissen, ob er für diesen Urlaub Anspruch auf Bezahlung hat, und
- ob bei Nichtgewährung von bezahltem Urlaub eine Übertragung zeitlich unbegrenzt erfolgt.



# THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10  
D-76133 Karlsruhe  
Tel. +49 (0)721-83024-93  
Fax +49 (0)721-83024-94  
[www.thomsen-ra.de](http://www.thomsen-ra.de)  
[kontakt@thomsen-ra.de](mailto:kontakt@thomsen-ra.de)

## Entscheidung

Der EuGH stellt in Fortführung seiner ständigen Rechtsprechung fest, dass der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub nach Art. 7 Abs. 1 RL 2003/88 EG ein besonders bedeutsamer Grundsatz des Sozialrechts der Union sei. Das nationale Recht dürfe nicht bereits die Entstehung des Urlaubsanspruchs von irgendwelchen Voraussetzungen abhängig machen. Ferner müsse der Arbeitnehmer während des Jahresurlaubs nach Unionsrechts das Entgelt erhalten, auf das er gem. Art. 7 Abs. 1 RL 2003/88 EG Anspruch habe. Daher verbiete Unionsrecht nationale Vorschriften, nach denen der Arbeitnehmer seinen Urlaub zunächst nehmen müsse, ehe er feststellen könne, ob er für diesen Urlaub Anspruch auf Bezahlung habe.

Im Hinblick auf die Frage nach einem Ansammeln von Urlaub knüpft der EuGH an seine Rechtsprechung seit Schultz-Hoff an. Danach erlaube es die RL 2003/88/EG nicht, vorzusehen, dass der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub eines an der Ausübung dieses Anspruchs gehinderten Arbeitnehmers nach Ablauf des Bezugszeitraums und/oder eines im nationalen Recht festgelegten Übertragungszeitraums erlischt. Zwar habe der Gerichtshof für arbeitsunfähige Arbeitnehmer entschieden, dass es nicht berechtigt wäre, unbegrenzt alle während des Zeitraums der Abwesenheit von der Arbeit erworbene Ansprüche auf bezahlten Jahresurlaub anzusammeln. Eine solche Einschränkung sei aber als Ausnahme von dem in Art. 7 RL 2003/88/EG aufgestellten Grundsatz anzusehen. Im vorliegenden Fall sei eine Einschränkung nicht gerechtfertigt. Anders als bei lang andauernder Arbeitsunfähigkeit sei der Schutz der Interessen des Arbeitgebers nicht zwingend notwendig, wenn sich dieser weigere, bezahlten Jahresurlaub zu gewähren. Das Erlöschen der Urlaubsansprüche würde im Ergebnis ein Verhalten bestätigen, das



# THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10  
D-76133 Karlsruhe  
Tel. +49 (0)721-83024-93  
Fax +49 (0)721-83024-94  
[www.thomsen-ra.de](http://www.thomsen-ra.de)  
[kontakt@thomsen-ra.de](mailto:kontakt@thomsen-ra.de)

zu einer unrechtmäßigen Bereicherung des Arbeitgebers führe und dem eigentlichen Zweck der Richtlinie, die Gesundheit des Arbeitnehmers zu schützen, zuwiderlaufe.

Der EuGH bestätigt den Anspruch auf Bezahlung. Aus Art. 31 Abs. 2 GRC ergibt sich in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/EG ein Anspruch auf bezahlten Mindestjahresurlaub von vier Wochen. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH sind der Anspruch auf Jahresurlaub und auf Zahlung des Urlaubsentgelts zwei Aspekte eines einzelnen Anspruchs.

Auch das BAG hatte bereits in einer Entscheidung aus dem Jahr 2015 gefordert, dass dem Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Inanspruchnahme des Urlaubs ein Anspruch auf Vergütung sicher sein muss. Der Arbeitnehmer sei in unzumutbarer Weise in seiner Urlaubsgestaltung eingeschränkt, wenn er bei Urlaubsantritt nicht weiß, ob ihm Urlaubsentgelt gezahlt werde. Urlaub ohne das Versprechen, Urlaubsentgelt zu erhalten ist als kein Urlaub und lässt den Anspruch auf Mindesturlaub nicht entfallen.

## Fazit

Sehr bedeutsam für das deutsche Urlaubsrecht ist die Antwort des EuGH zur zeitlichen Begrenzung der Urlaubsübertragung. Im konkreten Fall ging es um die Ansammlung von Urlaubsansprüchen für 13 Beschäftigungsjahre. Urlaubsansprüche nach deutschem Recht verfallen eigentlich, wenn sie nicht bis zum 31.03. des Folgejahres in Anspruch genommen wurden. Die Verfallvorschrift dürfte in einem Fall, indem der Arbeitgeber keinen bezahlten Urlaub gewährt hat, nicht mehr anwendbar sein. Die Rechtsprechung des EuGH zur zeitlichen Begrenzung der Urlaubsübertragung (15 Monate) gilt nur in den Fällen, in denen der



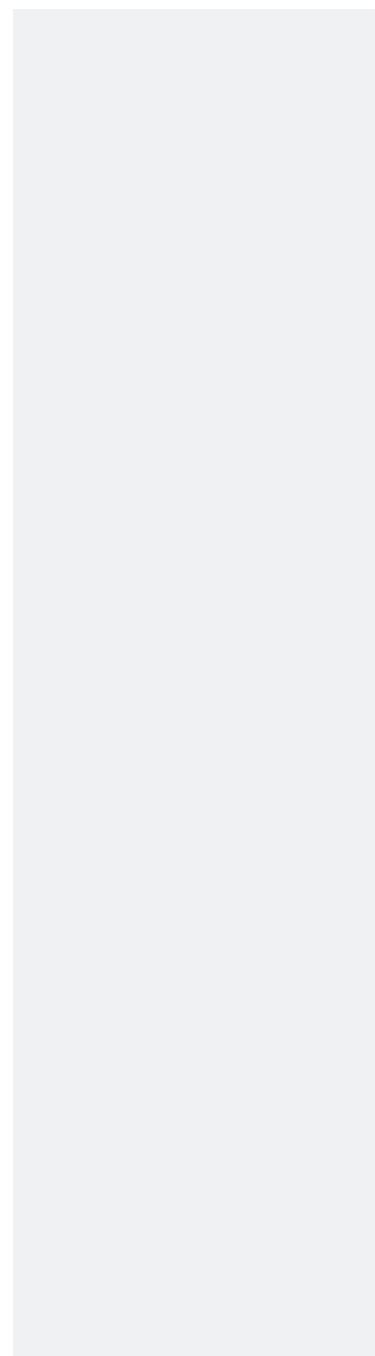


# THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10  
D-76133 Karlsruhe  
Tel. +49 (0)721-83024-93  
Fax +49 (0)721-83024-94  
[www.thomsen-ra.de](http://www.thomsen-ra.de)  
[kontakt@thomsen-ra.de](mailto:kontakt@thomsen-ra.de)

Urlaub wegen Krankheit nicht genommen werden kann. Die Urlaubsansprüche können daher, wenn kein bezahlter Urlaub gewährt wurde bis Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne Rücksicht auf Verfall-, Ausschluss- und Verjährungsfristen Urlaubsjahr für Urlaubsjahr übertragen und angesammelt werden.

T



# THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10  
D-76133 Karlsruhe  
Tel. +49 (0)721-83024-93  
Fax +49 (0)721-83024-94  
www.thomsen-ra.de  
kontakt@thomsen-ra.de

## BAG Vorlagebeschluss vom 13.12.2016, Az.: 9 AZR 541/15

### Pflicht des Arbeitgebers zur Urlaubsgewährung - europarechtliche Zulässigkeit des Urlaubsverfalls

Muss sich der Arbeitgeber vor dem Jahreswechsel aktiv um die Urlaubnahme des Arbeitnehmers kümmern, um das Ansammeln von Urlaubs- bzw. Abgeltungsansprüche zu vermeiden?

Nach bisheriger herrschenden Meinung zu § 7 Abs. 1 BUrlG hat der Arbeitnehmer den Urlaub unter Angabe von Wünschen zur zeitlichen Festlegung zu beantragen, damit der Urlaubsanspruch nicht am Ende des Bezugszeitraums ersatzlos untergeht. Dieses Verständnis steht aktuell unter Überprüfung durch den Europäischen Gerichtshof (EuGH).

Eine ganze Reihe von Instanzgerichten sind, mit Blick auf die jüngste Rechtsprechung des EuGH, der Auffassung (so u.a. das LAG Berlin-Brandenburg Ur. v. 17.04.2012 – 8 SA 100/11 und das LAG München Ur. v. 06.06.2015 – 8 Sa 982/14 – zu letzterem ist die Revision beim BAG unter 9 AZR 541/15 anhängig), der Arbeitnehmer könne einen Schadensersatzanspruch auch dann geltend machen, wenn er den Urlaub nicht rechtzeitig vor Ablauf des Urlaubsjahres beantragt habe. Der Arbeitgeber habe den Urlaub von sich aus zu erfüllen, ohne dass dieser durch den Arbeitnehmer beantragt werden müsse. Soweit der Arbeitnehmer auf entsprechende Nachfrage des Arbeitgebers keine Urlaubswünsche äußere, müsse der Arbeitgeber den Urlaubszeitraum festlegen.



# THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10  
D-76133 Karlsruhe  
Tel. +49 (0)721-83024-93  
Fax +49 (0)721-83024-94  
[www.thomsen-ra.de](http://www.thomsen-ra.de)  
[kontakt@thomsen-ra.de](mailto:kontakt@thomsen-ra.de)

## Fazit

Das BAG hat die Frage, ob der Arbeitgeber den Urlaub notfalls zuweisen muss, dem EuGH vorgelegt. Es ist durchaus möglich, dass der Urlaubsantrag für die Übertragung des Urlaubsanspruchs in das folgende Urlaubsjahr als entbehrlich angesehen und der Arbeitgeber verpflichtet wird, von sich aus aktiv dafür Sorge zu tragen, dass der Urlaub genommen wird. Kommt er dieser Verpflichtung nicht nach, droht ihm ein in den Folgejahren möglicherweise weiter auflaufender Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers.

Wir werden über die Entscheidung des EuGH zum Urlaubsrecht weiter berichten.

T



# THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10  
D-76133 Karlsruhe  
Tel. +49 (0)721-83024-93  
Fax +49 (0)721-83024-94  
www.thomsen-ra.de  
kontakt@thomsen-ra.de

## LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 25.9.2017, Az.: 10 Sa 899/17

Das Präsentieren eines Hakenkreuzes auf dem Einband der Originalausgabe von „Mein Kampf“ rechtfertigt die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses auch ohne Abmahnung

### Einleitung

Ein Beschäftigter im öffentlichen Dienst eines Landes verstößt auf schwerwiegende Weise gegen eine Nebenpflicht aus seinem Arbeitsvertrag, wenn er ein durch § 86 Abs.1 Nr. 1 StGB verbotenes Kennzeichen während der Dienstzeit offen präsentiert. Das entspricht insoweit ganz herrschender Meinung. Ein Verstoß gegen §§ 86, 86a StGB ist grundsätzlich auch objektiv geeignet als wichtiger Grund i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB. Ob auch das betriebsöffentliche Lesen des Buches „Mein Kampf“ in dem zugehörigen Einband mit Hakenkreuz eine außerordentliche Kündigung rechtfertigt, hatte das LAG Berlin-Brandenburg zu entscheiden.

### Sachverhalt

Der Beschäftigte war seit 2008 beim Land Berlin als Angestellter im Allgemeinen Ordnungsdienst tätig. Er trug im Außendienst Uniform. Während der Arbeitszeit traf ihn der diensthabende Schichtleiter lesend im Pausenraum. Das Buch, eine Originalausgabe „Mein Kampf“ von Adolf Hitler, hielt er in der Hand, teilweise lag es auf dem Tisch. Dabei war deutlich ein auf dem Einband befindliches Hakenkreuz zu sehen. Der Schichtleiter ermahnte den Beschäftigten, das Buch könne er hier nicht lesen, das könne er zu Hause. 20 Minuten später traf er ihn jedoch noch immer in „Mein Kampf“ lesend an. Die weitere Aufforderung, mit dem



# THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10  
D-76133 Karlsruhe  
Tel. +49 (0)721-83024-93  
Fax +49 (0)721-83024-94  
www.thomsen-ra.de  
kontakt@thomsen-ra.de

Lesen aufzuhören, und den Hinweis, mit „solchen Sachen“ würden „nur mehr Auflagen erteilt“, ignorierte er.

Nach Anhörung des Beschäftigten kündigte das Land Berlin sein Arbeitsverhältnis außerordentlich und hilfsweise ordentlich. Das ArbG wies die Kündigungsschutzklage ab, das LAG bestätigt die Entscheidung.

## Entscheidung

Das LAG führt zur Begründung im Wesentlichen aus, die Verwendung eines Kennzeichens einer verfassungswidrigen Organisation stelle einen erheblichen Verstoß gegen die vertragliche Rücksichtnahmepflicht, § 241 Abs.2 BGB, dar. Das Hakenkreuz sei das Symbol, das am deutlichsten auf nationalsozialistische Vorstellungen oder Absichten hinweise, wobei es für die arbeitsrechtliche Bewertung nicht darauf ankomme, ob das Verhalten strafbar i. S. d. § 86a StGB sei.

Eine vorherige Abmahnung sei wegen der Schwere des Verhaltens entbehrlich gewesen. Wer nationalsozialistische Kennzeichen in einen Betrieb oder eine Dienststelle einbringe und sie dort zeige, handele nicht nur besonders gedankenlos, wenn er zu seinem Verhalten ausführe, die Bedeutung des Buches „Mein Kampf“ nicht gekannt zu haben, es handele sich um ein Augenblickversagen. Dabei sei auch zu berücksichtigen, dass der Kläger das Buch mindestens 20 Minuten aus seinem Rucksack genommen und gezeigt habe und es gerade Aufgabe eines Mitarbeiters des Allgemeinen Ordnungsdienstes sei, als uniformierter Vertreter des Landes Verstöße gegen die Rechtsordnung festzustellen und zu ahnden.



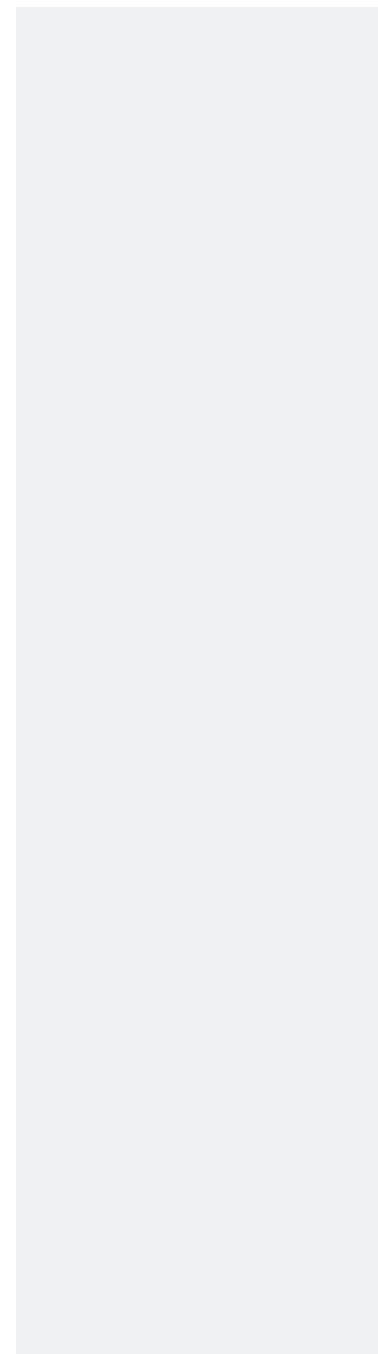
# THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10  
D-76133 Karlsruhe  
Tel. +49 (0)721-83024-93  
Fax +49 (0)721-83024-94  
[www.thomsen-ra.de](http://www.thomsen-ra.de)  
[kontakt@thomsen-ra.de](mailto:kontakt@thomsen-ra.de)

## Fazit

Die Rechtsprechung, die sich bislang mit Verhalten und Äußerungen befasste, die einen nationalsozialistischen Bezug haben, ist nicht einheitlich. Es kommt nicht in erster Linie auf die strafrechtliche Beurteilung, sondern die Schwere der Pflichtverletzung an. Von ganz erheblicher Bedeutung ist, ob und gegebenenfalls welchen dienstlichen Bezug das Verhalten hat.

T



# THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10  
D-76133 Karlsruhe  
Tel. +49 (0)721-83024-93  
Fax +49 (0)721-83024-94  
www.thomsen-ra.de  
kontakt@thomsen-ra.de

## BAG, Urteil vom 18.10.2017, Az.: 10 AZR 47/17

Versetzung von der Nacht- in die Wechselschicht aus gesundheitlichen Gründen ohne BEM möglich

### Einleitung

Die Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements im Sinne von § 84 Abs. 2 SGB IX ist keine formelle Voraussetzung für die Wirksamkeit einer Versetzung. Dies gilt auch in den Fällen, in denen die Anordnung des Arbeitgebers (auch) auf Gründe gestützt wird, die im Zusammenhang mit dem Gesundheitszustand des Arbeitnehmers stehen. So hat das BAG entschieden und in seiner Pressemitteilung 45/17 bekannt gegeben.

### Sachverhalt

Der Kläger ist bei der Beklagten als Maschinenbediener tätig. Seit dem Jahre 1994 leistete er zunächst Wechselschicht (Frühschicht/Spätschicht), seit 2005 wurde er fast ausschließlich in der Nachtschicht eingesetzt. In den Jahren 2013 und 2014 war der Kläger jeweils an 35 Arbeitstagen arbeitsunfähig erkrankt. In der Zeit vom 02.12.2014 bis 26.02.2015 war er aufgrund einer suchtbedingten Therapiemaßnahme arbeitsunfähig, danach wurde er wieder in der Nachtschicht beschäftigt. Am 25.03.2015 fand ein sog. Krankenrückkehrgespräch statt, welches von der Beklagten nicht als Maßnahme des betrieblichen Eingliederungsmanagements (BEM) beabsichtigt und/oder ausgestaltet war. Nach diesem Gespräch ordnete die Beklagte an, dass der Kläger seine Arbeit zukünftig in Wechselschicht zu erbringen habe.



# THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10  
D-76133 Karlsruhe  
Tel. +49 (0)721-83024-93  
Fax +49 (0)721-83024-94  
[www.thomsen-ra.de](http://www.thomsen-ra.de)  
[kontakt@thomsen-ra.de](mailto:kontakt@thomsen-ra.de)

Der Kläger hält die Versetzung in die Wechselschicht für unwirksam und klagte daher auf Beschäftigung in der Nachtschicht. Der Kläger meint, die Versetzung in die Wechselschicht sei unwirksam, weil die Beklagte vor der Maßnahme kein BEM durchgeführt habe. Auch entspreche die Versetzung nicht dem billigen Ermessen im Sinne von § 106 GewO, § 315 BGB, da seine Interessen nicht hinreichend berücksichtigt worden seien. Die Beklagte hingegen meint, dass eine Dauernachtschicht generell gesundheitlich belastender sei als jede andere Arbeitszeit. Aufgrund dessen habe sie mit der Versetzung prüfen dürfen, ob sich die gesundheitliche Situation des Klägers bei Einsatz in der Wechselschicht verbessere. Ferner sei der Kläger bei Fehlzeiten in der Wechselschicht leichter ersetzbar als in der Nachtschicht.

Das Arbeitsgericht wies die Klage ab. Die Berufung des Klägers hatte Erfolg. Gegen das klagestattgebende Urteil legte die Beklagte Revision ein.

## Entscheidung

Die Revision der Beklagten hatte Erfolg und führte zur Zurückverweisung an das LAG. In seiner Begründung führte das BAG aus, dass die Durchführung eines BEM keine formelle Voraussetzung für die Wirksamkeit einer Versetzung sei. Dies gelte selbst dann, wenn die Anordnung der Versetzung auch auf Gründe gestützt wird, die im Zusammenhang mit dem Gesundheitszustand des Arbeitnehmers stehen. Entscheidend sei vielmehr, ob die Weisung insgesamt billigem Ermessen im Sinne des § 106 GewO, 315 BGB entspricht. Zur Beurteilung dessen seien die Umstände des Einzelfalles maßgeblich. Mangels hinreichender Feststellungen des LAG zu diesen Umständen konnte das BAG nicht abschließend entscheiden und verwies die Sache zurück an das LAG.





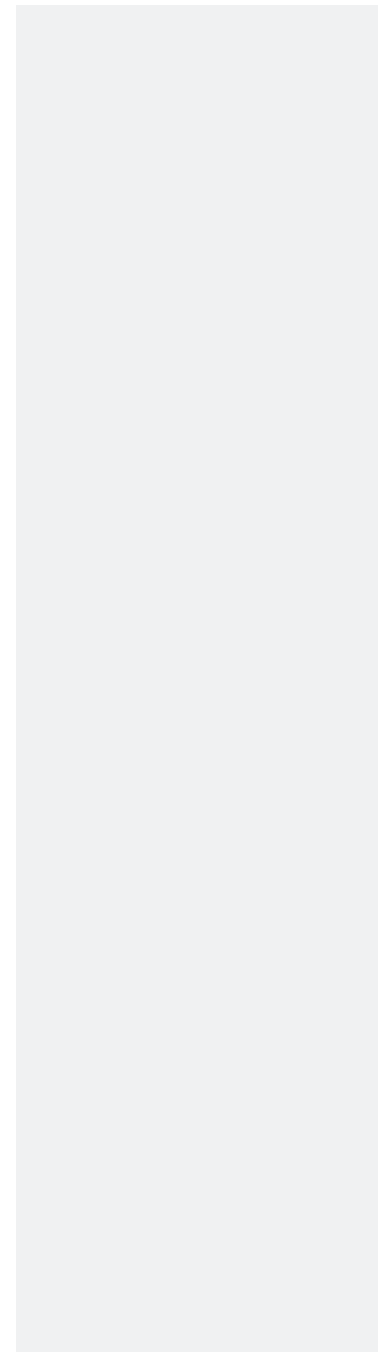
# THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10  
D-76133 Karlsruhe  
Tel. +49 (0)721-83024-93  
Fax +49 (0)721-83024-94  
[www.thomsen-ra.de](http://www.thomsen-ra.de)  
[kontakt@thomsen-ra.de](mailto:kontakt@thomsen-ra.de)

## Fazit

Die Durchführung eines BEM konkretisiert den aus dem Kündigungsschutzrecht bekannten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (z.B. Versetzung auf einen leidensgerechten Arbeitsplatz statt Kündigung). Da die Durchführung eines BEM vor einer krankheitsbedingten Kündigung bereits keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung ist, kann hinsichtlich des mildereren Mittels der Versetzung nichts anderes gelten.

YB



# THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10  
D-76133 Karlsruhe  
Tel. +49 (0)721-83024-93  
Fax +49 (0)721-83024-94  
www.thomsen-ra.de  
kontakt@thomsen-ra.de

## Verwaltungsrecht

VG Koblenz, Urteil vom 17.11.2017, Az.: 5 K 1284/16.KO

Kein Anspruch auf unentgeltliche Benutzung von Sanifair-Toiletten an Autobahnraststätten –  
Klage gegen Land Rheinland-Pfalz bereits unzulässig

### Einleitung

Seit 2003 stellt es an Autobahnraststätten, die durch die Tank & Rast GmbH bewirtschaftet werden, die Regel dar, dass für die Benutzung der Toiletten eine Benutzungsgebühr anfällt, die dann mittels Wert-Bon auf Käufe in Tank & Rast Unternehmen angerechnet werden. Betrieben werden diese Sanitär-Einrichtungen von der Tochtergesellschaft der Tank & Rast GmbH: Sanifair.

In Rheinland-Pfalz gibt es insgesamt neben 39 Nebenbetrieben (Tankstellen und Raststätten) auf den Autobahnen 43 nicht bewirtschaftete Rastanlagen mit kostenlosen öffentlichen Toiletten (Parkplätze mit WC).

### Sachverhalt

Der Kläger begehrt von dem beklagten Land Rheinland-Pfalz, ihm die unentgeltliche Toilettenbenutzung in allen von der beigeladenen Betreiberin der in Rheinland-Pfalz vorgehaltenen Toiletteneinrichtungen nach dem Sanifair-Konzept zu gewährleisten.



# THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10  
D-76133 Karlsruhe  
Tel. +49 (0)721-83024-93  
Fax +49 (0)721-83024-94  
[www.thomsen-ra.de](http://www.thomsen-ra.de)  
[kontakt@thomsen-ra.de](mailto:kontakt@thomsen-ra.de)

Er ist aus privaten und beruflichen Gründen unter anderem auf den Autobahnen in Rheinland-Pfalz unterwegs. Die Entgeltlichkeit der Toilettenbenutzung verstoße gegen das Prinzip der Daseinsvorsorge. Bei den in Rede stehenden Nebenbetrieben an Autobahnen handle es sich um Einrichtungen der Daseinsvorsorge. Daher dürfe die Toilettenbenutzung nicht von einem Entgelt abhängig gemacht werden. Auch der Verkehrsfluss werde durch die Entgeltlichkeit der Toilettenbenutzung gestört, da viele Autofahrer zur unentgeltlichen Toilettenbenutzung die Autobahn verlassen müssten. Außerdem verstoße die Entgeltlichkeit der Toilettenbenutzung gegen die Gaststättenverordnung Rheinland-Pfalz. Danach dürften Toilettenräume nicht durch Münzautomaten oder ähnliche Einrichtungen versperrt sein und für deren Nutzung durch Gäste dürfe kein Entgelt erhoben werden.

Nachdem das beklagte Land die Forderung des Klägers abgelehnt hatte, erhob dieser Klage beim VG Koblenz.

Die Beigeladene ist Inhaberin von für den Betrieb von Raststätten an Bundesautobahnen in Rheinland-Pfalz erforderlichen Nebenbetriebskonzessionen, die sie aufgrund von Abschlüssen von Konzessionsverträgen mit der Bundesrepublik Deutschland erhalten hat. Die Beigeladene betreibt in 28 Nebenbetrieben die sanitären Einrichtungen nach dem Sanifair-Konzept, wonach der Toilettenbesucher für die Toilettenbenutzung 70 Cent bezahlt und im Gegenzug einen Wert-Bon im Wert von 50 Cent erhält, den er in jedem der Nebenbetriebe mit Sanifair-Konzept einlösen kann.



# THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10  
D-76133 Karlsruhe  
Tel. +49 (0)721-83024-93  
Fax +49 (0)721-83024-94  
[www.thomsen-ra.de](http://www.thomsen-ra.de)  
[kontakt@thomsen-ra.de](mailto:kontakt@thomsen-ra.de)

## Entscheidung

Das VG Koblenz hat die Klage des Autofahrers abgewiesen. Zur Begründung führt das VG Koblenz in seiner Entscheidung folgendes aus:

Die Klage sei bereits mangels hinreichend bestimmten Klageantrags unzulässig. So erschließe sich aus den Klageanträgen nicht, welches Verwaltungshandeln das beklagte Land konkret vornehmen solle. Daher sei es unklar geblieben, zu welchem hoheitlichen Tun oder Unterlassen das beklagte Land verurteilt werden solle.

Außerdem sei die Klage gegen den falschen Beklagten gerichtet. Das Land sei nicht befugt, die Unentgeltlichkeit der Nutzung der Sanifair-Toiletten in seinem Gebiet durch Maßnahmen der Eingriffsverwaltung anzuordnen. Etwaige Regelungen hierzu seien vielmehr der Bundesrepublik Deutschland im Rahmen des zwischen ihr und der beigeladenen Betreibergesellschaft bestehenden Vertragsverhältnisses vorbehalten. Denn das Fernstraßenrecht sehe vor, dass die Vergabe der Nebenbetriebskonzessionen für Bundesautobahnen unter bundeseinheitlichen Bedingungen erfolgen müsse.

Schließlich fehle es an der erforderlichen Klagebefugnis des Klägers. Denn ein Rechtsanspruch des Klägers gegen das beklagte Land Rheinland-Pfalz auf Gewährleistung einer kostenlosen Benutzung der Sanifair-Toiletten der beigeladenen Betreibergesellschaft bestünde selbst dann nicht, wenn ein solcher Anspruch dem Grunde nach von Rechtswegen tatsächlich bestünde. Der Kläger müsse sich entweder direkt an die Beigeladene oder an die Bundesrepublik Deutschland wenden. Es sei nicht erkennbar, dass der Kläger einen Rechtsanspruch



# THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10  
D-76133 Karlsruhe  
Tel. +49 (0)721-83024-93  
Fax +49 (0)721-83024-94  
www.thomsen-ra.de  
kontakt@thomsen-ra.de

auf eine kostenfreie Toilettenbenutzung haben könnte, den das beklagte Land Rheinland-Pfalz erfüllen müsste. Ein solcher Anspruch folge auch nicht aus einem von der Bundesrepublik Deutschland mit der Rechtsvorgängerin der Beigeladenen geschlossenen Rahmenvertrag aus dem Jahr 1998. Dieser Vertrag sei mittlerweile gekündigt worden.

Ein Anspruch des Klägers auf kostenfreie Nutzung der Sanifair-Toiletten lasse sich auch nicht aus Aspekten der Verkehrssicherheit und Leichtigkeit des Straßenverkehrs ableiten. Soweit der Kläger in diesem Zusammenhang auf die Monopolstellung der Beigeladenen verweise, die einen Verkehrsteilnehmer nötige, Sanifair-Anlagen anzufahren, sofern dieser nicht mit voller Blase weiterfahren wolle, sei die Darstellung bereits sachlich falsch. Denn an den rheinland-pfälzischen Autobahnstrecken würden 43 öffentliche Toiletten vorgehalten, die kostenfrei genutzt werden könnten. Dem Kläger sei es unbenommen, diese Toiletten in Anspruch zu nehmen.

Auch aus einem etwaigen Verstoß gegen die Grundsätze der Daseinsvorsorge folge ein Anspruch des Klägers auf kostenfreie Nutzung der Sanifair-Toiletten nicht. Insoweit sei von der Rechtsprechung geklärt, dass der Staat Leistungen der Daseinsvorsorge oder die Wahrnehmung von aus Grundrechten sich ergebenden Teilhaberechten nicht kostenlos erbringen müsste. Ungeachtet dessen, halte das beklagte Land auf den rheinland-pfälzischen Autobahnstrecken 43 kostenlose öffentliche Toiletten vor.

Der Kläger könne auch nicht mit Erfolg einen Anspruch aus der Gaststättenordnung des Landes Rheinland-Pfalz geltend machen. Denn für den Bereich der Bundesfernstraßen und deren Nebenanlagen, wozu auch Raststätten zählten, habe der Bundesgesetzgeber im Rahmen seiner konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit insoweit



# THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10  
D-76133 Karlsruhe  
Tel. +49 (0)721-83024-93  
Fax +49 (0)721-83024-94  
[www.thomsen-ra.de](http://www.thomsen-ra.de)  
[kontakt@thomsen-ra.de](mailto:kontakt@thomsen-ra.de)

abschließende Regelungen erlassen. Insoweit komme das Landesrecht nicht zur Anwendung.

## Fazit

Das VG Koblenz hat die Berufung gegen seine Entscheidung nicht zugelassen. Dennoch könnten die Beteiligten die Zulassung der Berufung durch das Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz beantragen. Es bleibt damit abzuwarten, ob das Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz über die Sache entscheiden wird.

JM



# THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10  
D-76133 Karlsruhe  
Tel. +49 (0)721-83024-93  
Fax +49 (0)721-83024-94  
www.thomsen-ra.de  
kontakt@thomsen-ra.de

## Beamtenrecht

### BVerwG, Urteil vom 23.11.2017, Az. 5 C 6.16

Grundsätzlich keine Beihilfe für nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel – Ausschlussregelung in der Bundesbeihilfeverordnung wirksam

#### Einleitung

Für Bundesbeamte folgt die Beihilfeberechtigung aus § 80 Bundesbeamtengesetz (BBG). Für Landesbeamte des Landes Baden-Württemberg ergibt sich die Beihilfeberechtigung aus § 78 Landesbeamtengesetz BW (LBG BW). Ob und in welchem Umfang Beihilfe gewährt wird, regelt für Bundesbeamte die Bundesbeihilfeverordnung (BBhV) und für Landesbeamte die Beihilfeordnungen der Länder. Für Landesbeamte des Landes Baden-Württemberg gilt die Beihilfeverordnung des Landes Baden-Württemberg (in der aktuell geltenden Fassung abrufbar auf der Internetseite des Landesamts für Besoldung und Versorgung Baden-Württemberg). Der Beihilfegewährung geht ein Antrag des Beamten voraus. Eingangsvoraussetzung für die Beihilfegewährung ist regelmäßig das Vorliegen einer Krankheit.

Der § 22 Absatz 2 Nr. 3 BBhV bestimmt, dass Aufwendungen für nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel grundsätzlich nicht beihilfefähig sind. In der Ziff. 3 lit. a) bis e) des § 22 Absatz 2 BBhV werden verschiedene Ausnahmetatbestände zu dem grundsätzlichen Leistungsausschluss geregelt.



# THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10  
D-76133 Karlsruhe  
Tel. +49 (0)721-83024-93  
Fax +49 (0)721-83024-94  
www.thomsen-ra.de  
kontakt@thomsen-ra.de

## Sachverhalt

Die Klägerin ist beihilfeberechtigte Bundesbeamtin und beehrte von der beklagten Bundesagentur für Arbeit Beihilfe für die ihr entstandenen Aufwendungen des ihr im April 2013 ärztlich verordneten Nasen- und Rachensprays mit dem Wirkstoff Locabiosol. Die Beklagte lehnte den Beihilfeantrag der Klägerin mit der Begründung ab, dass die Regelung des § 22 Absatz 2 Nr. 3 BBhV eingreife, wonach für nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel ein grundsätzlicher Leistungsausschluss besteht. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz sei für den Fall der Klägerin nicht gegeben.

Nach erfolglosem Widerspruchsverfahren erhob die Klägerin mit Erfolg Klage beim VG Ansbach. Nach der Auffassung des VG Ansbach sei die Regelungen über den Leistungsausschluss für nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel unwirksam. Gegen die Entscheidung des VG Ansbach legte die Beklagte Berufung ein, woraufhin der VGH München das erstinstanzliche Urteil abänderte und die Klage abwies. Hiergegen wandte sich die Klägerin mit der Revision, sodass das Bundesverwaltungsgericht über den Fall zu entscheiden hatte.

## Entscheidung

Das Bundesverwaltungsgericht hat die Revision der Klägerin zurückgewiesen. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf die beantragte Beihilfe für das nicht verschreibungspflichtige Nasen- und Rachenspray. Zur Begründung führte das Bundesverwaltungsgericht folgendes aus:





# THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10  
D-76133 Karlsruhe  
Tel. +49 (0)721-83024-93  
Fax +49 (0)721-83024-94  
www.thomsen-ra.de  
kontakt@thomsen-ra.de

Die Regelung des § 22 Absatz 2 Nr. 3 BBhV, wonach für die Beihilfefähigkeit nicht verschreibungspflichtige Medikamente ein grundsätzlicher Leistungsausschluss besteht, sei wirksam. Dieser grundsätzliche Leistungsausschluss sei insbesondere mit der Fürsorgepflicht des Dienstherrn vereinbar, da der Ordnungsgeber ausreichende Vorkehrungen getroffen habe, dass dem Beamten infolge des Leistungsausschlusses im Einzelfall keine Aufwendungen verbleiben, die seine finanzielle Möglichkeiten erheblich übersteigen würden. Das ergebe sich etwa daraus, dass bestimmte Fallgruppen von vornherein von dem grundsätzlichen Leistungsausschluss ausgenommen seien. Ferner seien Aufwendungen für ärztlich verordnete nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel anzuerkennen, wenn diese eine an den jährlichen Einnahmen des Beamten und den Kosten für das einzelne Medikament ausgerichtete Grenze überschreiten würde. Darüber hinaus bestünde für den Fall, dass im Einzelfall die Ablehnung der Beihilfe eine besondere Härte darstellen würde, die Möglichkeit die Aufwendungen für nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel zu übernehmen.

## Fazit

Grundsätzlich gilt, dass entstandene Aufwendungen für verschreibungspflichtige Arzneimittel, die ein Arzt oder Zahnarzt schriftlich zur Behandlung verordnet, beihilfefähig sind. Ein Anspruch auf Beihilfe für nicht verschreibungspflichtige Medikamente besteht jedoch in der Regel nicht. So sind die gängigen Tabletten gegen Kopfschmerzen, Hustensaft sowie Nasenspray gegen Schnupfen regelmäßig von den Beihilfeleistungen des Dienstherrn ausgenommen. Dennoch hängt die Beihilfefähigkeit von Aufwendungen für Arzneimittel von den Umständen des Einzelfalls ab, sodass die Klärung eines Bestehens des Beihilfeanspruchs einer Prüfung im Einzelfall vorbehalten ist.

JM



# THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10

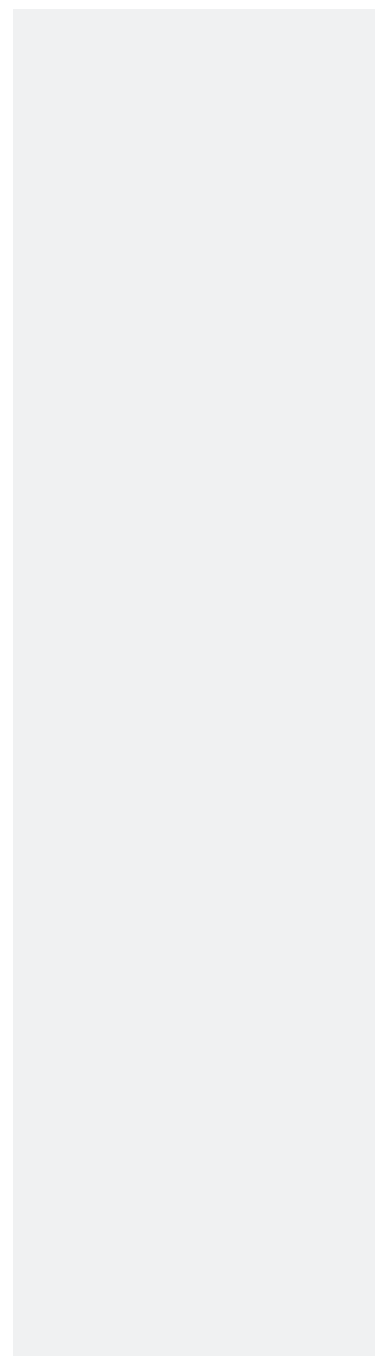
D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93

Fax +49 (0)721-83024-94

[www.thomsen-ra.de](http://www.thomsen-ra.de)

[kontakt@thomsen-ra.de](mailto:kontakt@thomsen-ra.de)



# THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10  
D-76133 Karlsruhe  
Tel. +49 (0)721-83024-93  
Fax +49 (0)721-83024-94  
[www.thomsen-ra.de](http://www.thomsen-ra.de)  
[kontakt@thomsen-ra.de](mailto:kontakt@thomsen-ra.de)

## Medizinrecht

BSG, Urteil vom 07.11.2017, Az.: B 1 KR 15/17 R und B 1 KR 24/17 R

Anspruch auch mittelloser Versicherter auf Hautstraffungsoperation kraft fingierter Genehmigung

### Einleitung

Nach § 13 Abs. 3a SGB V hat die Krankenkasse über einen Antrag auf Leistungen zügig, spätestens bis zum Ablauf von drei Wochen nach Antragseingang oder in Fällen, in denen eine gutachterliche Stellungnahme, insbesondere des MDK eingeholt wird, innerhalb von fünf Wochen nach Antragseingang zu entscheiden. Wenn die Krankenkasse eine gutachterliche Stellungnahme für erforderlich hält, hat sie diese unverzüglich einzuholen und den Leistungsberechtigten hierüber zu unterrichten. Der MDK nimmt innerhalb von drei Wochen gutachtlich Stellung. Eine hiervon abweichende Frist ist nur für den Fall der Durchführung eines im Bundesmantelvertrag – Zahnärzte vorgesehenen Gutachterverfahrens bestimmt.

Kann die Krankenkasse die Frist nicht einhalten, muss sie dies dem leistungsberechtigten Versicherten unter Darlegung des Grundes rechtzeitig schriftlich mitteilen. Erfolgt keine Mitteilung eines hinreichenden Grundes, gilt die Leistung nach Ablauf der Frist als genehmigt. Die Genehmigungsfiktion bewirkt ohne Bekanntgabe einen in jeder Hinsicht voll wirksamen Verwaltungsakt. Folge dessen ist, dass dem leistungsberechtigten Versicherten ein Naturalleistungsanspruch – und nicht lediglich ein Erstattungsanspruch – als eigenständiger Anspruch



# THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10  
D-76133 Karlsruhe  
Tel. +49 (0)721-83024-93  
Fax +49 (0)721-83024-94  
www.thomsen-ra.de  
kontakt@thomsen-ra.de

zusteht. Dies ermöglicht auch mittellosen Versicherten, die nicht in der Lage sind, sich die Leistung selbst zu beschaffen, ihren Anspruch zu realisieren. So hat das BSG erneut in zwei Fällen am 07.11.2017 (Az. B 1 KR 15/17 R und B 1 KR 24/17 R) entschieden und in seiner Pressemitteilung 56/2017 bekannt gegeben.

## Sachverhalt

Die beiden bei der beklagten Krankenkasse versicherten Klägerinnen beantragten eine Hautstraffungsoperation wegen massiver Gewichtsabnahme. Die beklagte Krankenkasse entschied in beiden Fällen nicht zeitgerecht und verweigerte dennoch die Leistung. Während des Berufungsverfahrens nahm die beklagte Krankenkasse jeweils vorsorglich die fingierten Genehmigungen zurück. Das LSG Saarland (Az.: B 1 KR 15/17 R) verurteilte die beklagte Krankenkasse zur Hautstraffungsoperation. Das LSG Nordrhein-Westfalen (Az.: B 1 KR 24/17 R) lehnte eine Leistungsverpflichtung der beklagten Krankenkasse ab. Gegen beide Urteile wurde Revision eingelegt.

## Entscheidung

Das BSG bestätigte das Urteil des LSG Saarland, hob das Urteil des LSG Nordrhein-Westfalen auf und gab damit den beiden Klägerinnen recht.

Die Klägerinnen können die Leistung kraft fingierter Genehmigung verlangen, und zwar ohne sie sich erst auf eigene Kosten zu beschaffen. Eine Rücknahme einer fingierten Genehmigung ist nur möglich, wenn sie rechtswidrig ist, weil die Voraussetzungen des Anspruchs auf die fingierte Genehmigung nicht erfüllt sind.



# THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10  
D-76133 Karlsruhe  
Tel. +49 (0)721-83024-93  
Fax +49 (0)721-83024-94  
[www.thomsen-ra.de](http://www.thomsen-ra.de)  
[kontakt@thomsen-ra.de](mailto:kontakt@thomsen-ra.de)

In seiner Begründung führte das BSG aus, dass der Gesetzgeber mit der fingierten Genehmigung die Rechte der Patientinnen und Patienten gezielt verbessern wolle. Er schütze damit bewusst das Interesse aller Beteiligten an zeitgerechten Entscheidungen der Krankenkassen. Er wolle mittellose Versicherte nicht sachwidrig gegenüber Versicherten benachteiligen, die sich gleich nach der Genehmigung die Leistung selbst beschaffen (können) und ihnen nicht das wieder nehmen lassen, was er mit einer rechtmäßig fingierten Genehmigung gewährt hat.

## Fazit

Die Regelung des § 13 Abs. 3a S. 6 SGB V erfasst unter anderem Ansprüche auf Krankenbehandlung (z.B. bariatrische Operationen), nicht dagegen Ansprüche gegen Krankenkassen, die unmittelbar auf eine Geldleistung oder auf Leistungen zur medizinischen Rehabilitation gerichtet sind. Damit eine Leistung als genehmigt gelten kann, bedarf es 1. eines fiktionsfähigen Antrages, d.h. er muss hinreichend bestimmt gestellt sein. 2. muss der Antrag eine Leistung betreffen, die der Versicherte subjektiv für erforderlich halten durfte und die nicht offensichtlich außerhalb des Leistungskatalogs der GKV liegt. 3. darf keine fristgerechte Entscheidung der Krankenkasse vorliegen und 4. darf die entstandene Genehmigung nicht erloschen sein. Auch eine fingierte Genehmigung kann erlöschen, wenn sie zurückgenommen, widerrufen, anderweitig aufgehoben oder sich durch Zeitablauf oder andere Weise erledigt hat. Eine Rücknahme oder ein Widerruf ist lediglich dann möglich, wenn die unter 1. bis 3. genannten Voraussetzungen nicht erfüllt sind.

YB



# THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10  
D-76133 Karlsruhe  
Tel. +49 (0)721-83024-93  
Fax +49 (0)721-83024-94  
www.thomsen-ra.de  
kontakt@thomsen-ra.de

## Erbrecht

BGH, Urteil vom 25.05.2016, Az.: IV ZR 205/15

Anfechtung wechselbezoglicher Verfügungen des erstversterbenden Ehegatten durch einen Dritten

Die Anfechtung wechselbezoglicher Verfügungen des erstversterbenden Ehegatten durch einen Dritten wird nicht in entsprechender Anwendung von § 2285 BGB beschränkt.

BGH, Urteil vom 19.05.2016, Az.: III ZR 274/15

Vertraglich vereinbarter Beginn der Tätigkeitspflicht des Erbenermittlers

- a) Die formularvertragliche Regelung, wonach ein Erbenermittler seinem Kunden gegenüber erst dann zu (weiteren) Tätigkeiten verpflichtet ist, wenn er von allen ermittelten Erben Vollmacht und Honorarvertrag erhalten hat, ist wirksam.
- b) Die Darlegungs- und Beweislast für den Eintritt dieser aufschiebenden Bedingung trifft den Kunden.
- c) Vor der Begründung einer Betätigungspflicht ist der Erbenermittler grds. nicht gehalten, seinem Kunden Auskunft und Rechenschaft zu geben.



# THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10  
D-76133 Karlsruhe  
Tel. +49 (0)721-83024-93  
Fax +49 (0)721-83024-94  
[www.thomsen-ra.de](http://www.thomsen-ra.de)  
[kontakt@thomsen-ra.de](mailto:kontakt@thomsen-ra.de)

KG, Beschluss vom 04.09.2015, Az.: 6 W 100/15

Testamentsauslegung: Ausschluss von der gesetzlichen Erbfolge

1. Bei einem Ausschluss von der Erbfolge ist zwischen dem Ausschluss von der gewillkürten Erbfolge durch Einsetzung eines anderen Erben gem. § 1937 BGB und dem Ausschluss von der gesetzlichen Erbfolge durch Enterbung gem. § 1938 BGB zu unterscheiden.
2. Ob in der letztwilligen Zuwendung des Pflichtteils eine Erbeinsetzung, ein Geldvermächtnis oder die Beschränkung auf den gesetzlichen Pflichtteil liegt, entscheidet sich nach dem Erblasserwillen.
3. Die danach gebotene Testamentsauslegung beschränkt sich nicht allein auf die Analyse des Wortlauts, sondern richtet sich unter Heranziehung aller weiteren Umstände nach dem, was der Erblasser mit den gewählten Worten sagen wollte.
4. Diese Auslegungsgrundsätze gelten für positive Bestimmung eines Erben wie für die negative Enterbung einer Person gleichermaßen.



# THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10  
D-76133 Karlsruhe  
Tel. +49 (0)721-83024-93  
Fax +49 (0)721-83024-94  
www.thomsen-ra.de  
kontakt@thomsen-ra.de

Sie brauchen detaillierte Informationen?  
Sie hätten gerne ein persönliches Gespräch zu Themen dieser Ausgabe?  
Sie haben Fragen zu unserer Veranstaltung?

Wir freuen uns, wenn Sie mit uns Kontakt aufnehmen.  
info@thomsen-ra.de

## Impressum:

Der THOMSEN RECHTSANWÄLTE Newsletter ist ein kostenloser Service.  
Die Verfasser übernehmen keine Gewähr für die Richtigkeit der  
übermittelten Informationen. Bitte beachten Sie, dass diese Informationen  
eine Beratung im Einzelfall nicht ersetzen können.

## Herausgeber:

THOMSEN RECHTSANWÄLTE  
Stabelstraße 10  
76133 Karlsruhe  
Ansprechpartner (ViSdP):  
Rechtsanwalt Klaus Thomas Thomsen

