

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Urteil

in dem Rechtsstreit

Az.: 12 RK 34/91

.....,

Kläger und Revisionsbeklagter,

Prozeßbevollmächtigte:,

g e g e n

Allgemeine Ortskrankenkasse Berlin,
Berlin 61, Mehringplatz 15,

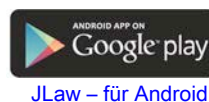
Beklagte und Revisionsklägerin,

beigeladen:

1. Landesversicherungsanstalt Berlin,
Berlin 19, Messedamm 1 - 3,
2. Bundesanstalt für Arbeit,
Nürnberg, Regensburger Straße 104,
3. Land Berlin - Senatsverwaltung für Arbeit und Frauen -,
Berlin, Storkower Straße 134,
4. Betriebskrankenkasse des Landes Berlin,
Berlin 15, Bundesallee 13 - 14.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



Der 12. Senat des Bundessozialgerichts hat nach Aktenlage ohne mündliche Verhandlung am 11. Mai 1993 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Peters, den Richter Thiele und die Richterin Mosiek-Urbahn sowie die ehrenamtlichen Richter Freiherr von Bodenhausen und Kovar für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landessozialgerichts Berlin vom 5. Juni 1991 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat dem Kläger auch die außergerichtlichen Kosten des Revisionsverfahrens zu erstatten. Im übrigen sind außergerichtliche Kosten des Revisionsverfahrens nicht zu erstatten.

Gründe:

I

Die Beteiligten streiten darum, ob der Kläger in der Krankenversicherung und der Rentenversicherung versicherungspflichtig sowie in der Arbeitslosenversicherung beitragspflichtig geworden ist.

Der 1943 geborene Kläger hat nach seinen Angaben den Beruf eines Friseurs erlernt, war jedoch von 1985 bis 1988 ohne Arbeit und fiel über die Versicherung seiner Ehefrau bei der Betriebskrankenkasse des Landes Berlin in die Familienhilfe. Am 5. September 1988 nahm er auf Vermittlung des Arbeitsamts im Rahmen eines Programms über Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen eine Beschäftigung als Hilfskraft im Garten- und Landschaftsbau auf. Zu seinen Aufgaben gehörte das Fegen und Abtransportieren von Laub im Botanischen Garten. Am 3. Oktober 1988 wurde er von einem Orthopäden wegen Cervicalsyndroms mit Brachialgien arbeitsunfähig krank geschrieben. Die Arbeitsunfähigkeit dauerte bis zum 14. Oktober 1988 (Freitag). Dann arbeitete der Kläger wieder vom 17. Oktober (Montag) - mit Ausnahme der Urlaubstage am 27. und 28. Oktober - bis zum 2. November 1988. Anschließend war er erneut arbeitsunfähig krank. Zum 12. November 1988 wurde das Arbeitsverhältnis vom Arbeitgeber gekündigt. Das



Arbeitsgericht sprach dem Kläger Lohnfortzahlung für die Zeit vom 3. November bis 15. Dezember 1988 zu.

Die Beklagte hatte schon mit Bescheid vom 14. Oktober 1988 festgestellt, daß die am 5. September 1988 aufgenommene Beschäftigung ein "mißglückter Arbeitsversuch" gewesen sei und nicht zur Versicherungspflicht in der Krankenversicherung und in der Rentenversicherung, ferner nicht zur Beitragspflicht in der Arbeitslosenversicherung geführt habe. Der Widerspruch des Klägers blieb erfolglos (Widerspruchsbescheid vom 3. Mai 1989).

Im Klageverfahren hat das Sozialgericht (SG) die Landesversicherungsanstalt Berlin (Beigeladene zu 1), die Bundesanstalt für Arbeit (Beigeladene zu 2), das Land Berlin (Beigeladener zu 3) als Arbeitgeber und die Betriebskrankenkasse des Landes Berlin (Beigeladene zu 4) als Krankenkasse der Ehefrau des Klägers beigeladen. Mit Urteil vom 6. April 1990 hat das SG den Bescheid aufgehoben und sinngemäß festgestellt, daß der Kläger in der am 5. September 1988 aufgenommenen Beschäftigung versicherungs- und beitragspflichtig gewesen ist. Das Landessozialgericht (LSG) hat die Berufung der Beklagten mit Urteil vom 5. Juni 1991 zurückgewiesen. Ein mißglückter Arbeitsversuch komme entgegen der höchstrichterlichen Rechtsprechung allenfalls in Fällen des Mißbrauchs in Betracht. Er führe nur zu einem Leistungsverweigerungsrecht der Kasse, verhindere aber nicht das Entstehen von Versicherungs- und Beitragspflicht. Selbst wenn man aber von der Rechtsprechung zum mißglückten Arbeitsversuch ausgehe, scheide ein solcher jedenfalls bei dem vorliegenden Sachverhalt aus.

Gegen das Urteil richtet sich die Revision der Beklagten. Sie rügt sinngemäß eine Verletzung der Vorschriften, die Versicherungs- und Beitragspflicht nur begründen, wenn kein mißglückter Arbeitsversuch vorliege, ferner eine Verletzung der Amtsermittlungspflicht und des rechtlichen Gehörs.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des LSG vom 5. Juni 1991 und das Urteil des SG vom 6. April 1990 aufzuheben sowie die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Revision zurückzuweisen.



Er hält das angefochtene Urteil für zutreffend.

Die Beigeladenen haben sich zur Sache nicht geäußert.

II

Die Revision der Beklagten ist unbegründet. Die Vorinstanzen haben zu Recht den angefochtenen Bescheid aufgehoben sowie Versicherungs- und Beitragspflicht festgestellt.

Der Kläger ist am 5. September 1988 durch die Aufnahme der entgeltlichen Beschäftigung in der Krankenversicherung und in der Rentenversicherung versicherungspflichtig sowie in der Arbeitslosenversicherung beitragspflichtig geworden. Dieses ergab sich für die Krankenversicherung und die Rentenversicherung aus den damals noch geltenden Regelungen in § 165 Abs 1 Nr 1, Abs 2 und in § 1227 Abs 1 Satz 1 Nr 1 der Reichsversicherungsordnung (RVO). Dabei war in § 306 Abs 1 RVO für die Krankenversicherung zusätzlich bestimmt, daß die Mitgliedschaft mit dem Tage des Eintritts in die versicherungspflichtige Beschäftigung begann. Heute finden sich inhaltsgleiche Vorschriften für die Krankenversicherung in § 5 Abs 1 Nr 1 und in § 186 Abs 1 des Sozialgesetzbuchs - Gesetzliche Krankenversicherung - (SGB V) sowie für die Rentenversicherung in § 1 Satz 1 Nr 1 des Sozialgesetzbuchs - Gesetzliche Rentenversicherung - (SGB VI). Die Beitragspflicht in der Arbeitslosenversicherung folgt aus § 168 Abs 1 Satz 1 des Arbeitsförderungsgesetzes (AFG).

Beim Kläger scheiterte die Versicherungs- und Beitragspflicht nicht daran, daß es sich bei der Beschäftigung um einen "mißglückten Arbeitsversuch" gehandelt hätte. Diese Rechtsfigur ist nach längerer Entwicklung in der Zeit vor Errichtung der Sozialgerichtsbarkeit (vgl die Nachweise bei Gagel, SGB 1990, 1, 2; Girardi ZfS 1975, 4, 5 ff; Töns, DOK 1969, 101, 107 ff) vom Bundessozialgericht (BSG) in zahlreichen Entscheidungen übernommen und ausgestaltet worden (BSGE 15, 89 = SozR Nr 25 zu § 165 RVO; BSG SozR Nrn 44, 53, 61, 63 und 75 zu § 165 RVO; BSG SozR 2200 § 165 Nrn 2, 4, 33, 34, 66; BSG SozR 2200 § 306 Nr 12; BSG 54, 148 = SozR 2200 § 306 Nr 13; BSG 54, 257 = SozR 2200 § 312 Nr 14; BSG USK 7399, 78142, 78196 und 8323). Nach den ge-



nannten Urteilen läßt ein mißglückter Arbeitsversuch ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis und damit auch Leistungsansprüche nicht entstehen. Er liegt vor, wenn objektiv feststeht, daß der Beschäftigte bei Aufnahme der Arbeit zu ihrer Verrichtung nicht fähig war oder er die Arbeit nur unter schwerwiegender Gefährdung seiner Gesundheit - etwa unter der Gefahr einer weiteren Verschlimmerung seines Leidens - würde verrichten können, und wenn er die Arbeit entsprechend der darauf zu gründenden Erwartung vor Ablauf einer wirtschaftlich ins Gewicht fallenden Zeit aufgegeben hat (BSG SozR 2200 § 165 Nr 34). Von einem mißglückten Arbeitsversuch kann mithin nicht gesprochen werden, wenn der Beschäftigte trotz der genannten ungünstigen Erwartung tatsächlich brauchbare Arbeit über einen wirtschaftlich ins Gewicht fallenden Zeitraum geleistet hat und deshalb nach den Umständen des Falles darauf vertrauen durfte, durch seine Beschäftigung einen Versicherungsschutz erworben zu haben (BSG SozR 2200 § 165 Nr 34 mwN). Das BSG hat es in seiner neueren Rechtsprechung abgelehnt, für den wirtschaftlich ins Gewicht fallenden Zeitraum eine feste Grenze zu bestimmen, um allen denkbaren Fallgestaltungen gerecht werden zu können. Ein gewisser Rahmen ergab sich allerdings insofern, als ein mißglückter Arbeitsversuch nach einer Beschäftigung von drei Wochen noch für möglich (BSG SozR 2200 § 165 Nrn 2, 33; vgl auch USK 78142), nach einer Arbeitsleistung von sechs Wochen hingegen für ausgeschlossen gehalten wurde (BSG USK 7399). Bei der Bestimmung des wirtschaftlich ins Gewicht fallenden Zeitraums sind in mehreren Urteilen verschiedene Beschäftigungszeiten zusammengerechnet worden (BSG SozR 2200 § 165 Nrn 33, 34). Zur Rechtfertigung der Figur des mißglückten Arbeitsversuchs wird die Notwendigkeit einer Mißbrauchsabwehr und ferner angeführt, kein am Versicherungsprinzip orientiertes Leistungssystem könne darauf verzichten, daß jeder Versicherte mindestens der Möglichkeit nach zugleich Leistungsempfänger und Beitragszahler sei, niemand könne also Mitglied der Versicherungsgemeinschaft werden, der von vornherein wegen Arbeitsunfähigkeit als Beitragszahler ausscheide (BSG SozR Nr 63 zu § 165 RVO; BSG SozR 2200 § 165 Nr 33).

Das Schrifttum folgt der Lehre vom mißglückten Arbeitsversuch überwiegend, wobei jedoch teilweise zu Einzelheiten Kritik geübt oder ein Überprüfungsbedarf gesehen wird (Breuer im Gemeinschaftskommentar zum SGB, Stand Oktober 1990, § 5 SGB V RdNrn 93 ff; Gerlach in Hauck/Haines, Komm zum SGB, Stand 1989, § 5 SGB V RdNrn 110 ff; Heinze in Gesamtkommentar § 165 RVO Anm 6 und § 5 SGB V Anm 7; Krauskopf/Schroeder-Printzen, Soziale Kranken-



versicherung, § 165 RVO Anm 5.1 und § 5 SGB V RdNr 9; H. Peters, Handbuch der Krankenversicherung, § 165 RVO Anm 11 und § 5 SGB V RdNr 107 ff; Schulin, Fälle zum Sozialrecht, 1. Aufl 1987, S 26 ff, jedoch auch ZfA 1978, 215, 218 Fußnote 5; Zipperer in Maaßen/Schirmer/Wiegand/Zipperer, Kommentar zur Gesetzlichen Krankenversicherung, Stand März 1992, § 5 SGB V RdNr 15, 16). Die Rechtsfigur des mißglückten Arbeitsversuchs ist indes, insbesondere soweit mit ihr trotz Aufnahme einer entgeltlichen Beschäftigung das Entstehen von Versicherungs- und Beitragspflicht in Zweifel gezogen wird, seit längerem und neuerdings zunehmend grundlegender Kritik ausgesetzt (in zeitlicher Folge: Girardi, ZfS 1975, 4, 5 ff; Kunze, DOK 1981, 454 ff; Gagel, SGB 1985, 268, 270 f und SGB 1990, 1, 2 ff; Seewald, Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, Stand Juli 1991, § 7 SGB IV RdNr 22 bis 24).

Im wesentlichen wird eingewandt: Nach dem Wortlaut der eingangs genannten gesetzlichen Vorschriften hängt der Bestand der Versicherungs- und Beitragspflicht allein vom Eintritt in die entgeltliche Beschäftigung ab; auf den Gesundheitszustand kommt es demnach grundsätzlich nicht an. Weitreichenden Ausnahmen hiervon, wie die Lehre vom mißglückten Arbeitsversuch sie über die nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen auch hier zulässige und notwendige Mißbrauchsabwehr hinaus zuläßt, kann das Gebot zur möglichst weitgehenden Verwirklichung sozialer Rechte (§ 2 Abs 2 des Sozialgesetzbuchs - Allgemeiner Teil - <SGB I>) entgegenstehen, ferner der Vorbehalt des Gesetzes (§ 31 SGB I), der - außer der Kritik in der Literatur - auch eine gewohnheitsrechtliche Verfestigung der Rechtsfigur verhindert haben mag (vgl zur Bildung von Gewohnheitsrecht in anderem Zusammenhang BSGE 69, 131, 137 = SozR 3-2200 § 520 Nr 1). Auch besteht bei anderen Tatbeständen der Versicherung, etwa bei der Krankenversicherung der Studenten oder der Rentenantragsteller, kein vergleichbares Institut zur Wahrung des Versicherungsprinzips, sofern nicht die Grundsätze über den mißglückten Arbeitsversuch entsprechend angewandt werden (vgl dazu im Kasseler Kommentar § 186 SGB V RdNr 13). Soweit das Gesetz zur Wahrung des Versicherungsprinzips krankheitsbedingte Erschwerungen der Versicherung oder Leistungseinschränkungen vorsah, waren diese im Gesetz ausdrücklich geregelt, jedoch nicht für Versicherungspflichtige (vgl § 206 RVO), sondern nur für Versicherungsberechtigte (freiwillig Versicherte) und nur in dem bis Ende 1988 geltenden Recht (§ 207, § 310 Abs 2, 3 RVO); selbst dort galten diese Erschwerungen bei manchen Beitrittsrechten nicht (§ 176a Abs 1 Satz 3, § 176b Abs 2 Satz 1, § 176c Satz 2



Halbs 2 RVO). Ferner ist der mißglückte Arbeitsversuch bisher im wesentlichen krankenversicherungsrechtlich begründet worden, eine Anwendung auf andere Versicherungszweige mithin nicht ohne weiteres gerechtfertigt. Seine Beschränkung auf die Krankenversicherung durchbricht andererseits die versicherungszweigübergreifende einheitliche Anknüpfung der Versicherungs- und Beitragspflicht an die Aufnahme einer entgeltlichen Beschäftigung (§ 2 Abs 2 Nr 1, § 7 Abs 1 des Sozialgesetzbuchs - Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung <SGB IV>). Schließlich hat die Rechtsfigur wegen ihrer unscharfen Abgrenzung in der Praxis zu Rechtsunsicherheit und zahlreichen Streitigkeiten geführt, wie die Rechtsprechungsnachweise belegen. Wiederholt sind Bestrebungen erkennbar geworden, wenigstens einen festen Zeitraum der Beschäftigung zu bestimmen, nach dessen Ablauf ein mißglückter Arbeitsversuch ausscheidet (so Töns, DOK 1969, 101, 146, 152: eine Woche). Sofern bei Annahme eines mißglückten Arbeitsversuchs der Versicherungsschutz auf sonstige Weise (zB aufgrund einer anderen Versicherungspflicht, eines nachgehenden Anspruchs aus einer früheren Versicherung oder durch Familienhilfe), jedoch bei einer anderen Krankenkasse gewährleistet war, dienten Auseinandersetzungen um den mißglückten Arbeitsversuch in der zur Zeit noch stark gegliederten gesetzlichen Krankenversicherung mitunter lediglich einer Leistungsverchiebung unter den Krankenkassen.

Die Bedenken gegen die Rechtsfigur des mißglückten Arbeitsversuchs in einer die Versicherungs- und Beitragspflicht verneinenden Wirkung sind von Gewicht. Ob sie dazu nötigen, die Lehre in der bisherigen Form aufzugeben, braucht im vorliegenden Verfahren nicht entschieden zu werden. Jedenfalls stehen sie einer Ausdehnung ihres Anwendungsbereichs entgegen und gebieten eine restriktive Handhabung. Bei dieser scheidet jedenfalls hier die Annahme eines mißglückten Arbeitsversuchs aus.

Das LSG ist in seiner Hilfsbegründung zutreffend davon ausgegangen, daß der Kläger einen wirtschaftlich ins Gewicht fallenden Zeitraum gearbeitet hat. Es hat festgestellt, daß das Arbeitsverhältnis insgesamt annähernd zehn Wochen (vom 5. September bis zum 12. November 1988) bestanden und der Kläger nach Abzug der Zeit der Arbeitsunfähigkeit sechs Wochen lang gearbeitet hat. Dabei hat das LSG die beiden durch die Arbeitsunfähigkeit getrennten Zeiten der Arbeitsverrichtung in Anlehnung an die Entscheidung des BSG in SozR 2200 § 165 Nr 34 zusammengerechnet. Dieses ist rechtlich nicht zu beanstanden, zumal der



Senat in seinem gleichzeitig ergehenden Urteil vom 11. Mai 1993 in dem Verfahren 12 RK 36/91 (zur Veröffentlichung bestimmt) eine Zusammenrechnung von zwei aufeinanderfolgenden Beschäftigungen von zusammen einem Monat für geboten gehalten und unter den dort gegebenen Verhältnissen einen mißglückten Arbeitsversuch ausgeschlossen hat. Das LSG konnte demnach ohne Rechtsfehler feststellen, der Kläger habe ungeachtet seines Wissens um seinen Gesundheitszustand darauf vertrauen können, daß die Beschäftigung Versicherungspflicht begründe. Das gilt umso mehr, als er die Beschäftigung auf Vermittlung des Arbeitsamtes im Rahmen einer Arbeitsbeschaffungsmaßnahme aufgenommen hatte. Dieses steht ebenso wie die Zuerkennung von Lohnfortzahlung durch das Arbeitsgericht der Annahme entgegen, der Kläger habe die Beschäftigung nur zum Schein oder in Kenntnis einer von vornherein bestehenden Arbeitsunfähigkeit hauptsächlich im wesentlichen nur zur Begründung von Krankenversicherungsschutz aufgenommen. Ob außerdem bedeutsam sein könnte, daß der Kläger bis zur Aufnahme der Beschäftigung durch den Anspruch seiner Ehefrau auf Familienhilfe in den Schutz der gesetzlichen Krankenversicherung einbezogen war, bedurfte keiner Entscheidung.

Es steht auch nicht fest, daß die vom Kläger verrichtete Arbeit unbrauchbar war. Hierfür sind nach den Feststellungen des LSG Anhaltspunkte nicht gegeben, zumal, wie das LSG darlegt, sonst das Arbeitsverhältnis vom Arbeitgeber schon früher gekündigt worden wäre. Dieser habe auf eine Anfrage der Beklagten mitgeteilt, wegen der häufigen Erkrankungen könne nicht beurteilt werden, ob die Arbeitsleistung des Klägers ausgereicht habe. Die Unaufklärbarkeit gehe zu Lasten der Beklagten, die sich auf den mißglückten Arbeitsversuch berufe, weil vom Normalatbestand einer im großen und ganzen vertragsgerechten Arbeitsverrichtung auszugehen sei und die Beklagte sich beim mißglückten Arbeitsversuch auf eine Ausnahme berufe. Dieser Verteilung der Feststellungslast (Beweislast) ist, jedenfalls wenn die Beschäftigung tatsächlich aufgenommen worden ist, zuzustimmen. Hier hatte der Kläger bereits fast einen Monat gearbeitet, als er erstmals arbeitsunfähig krank geschrieben wurde. Die Rüge der Beklagten, das Berufungsgericht habe nicht ohne weitere Sachaufklärung davon ausgehen dürfen, daß der Kläger brauchbare Arbeit verrichten konnte, ist unbegründet. Das LSG brauchte sich nicht zu weiteren Ermittlungen gedrängt zu fühlen. Aus der ärztlichen Aussage, die Arbeit sei für den Kläger mit seinen Gesundheitsstörungen "Gift" gewesen, ergab sich nicht, daß der Kläger außerstande gewesen wäre, wenigstens für eine gewisse Zeit, wenn auch auf Kosten seiner Gesundheit, brauchbare Arbeit zu ver-



richten. Daß ein weiterer Aufklärungsversuch über die erbrachte Arbeitsleistung beim Arbeitgeber keinen Erfolg versprach, hatte die Beklagte in ihrer Berufungsbegründung selbst vorgetragen. Welche Tatsachen das LSG der Beklagten vorenthalten und inwiefern durch eine Überraschungsentscheidung ihr rechtliches Gehör verletzt worden sein soll, läßt die Revisionsbegründung nicht erkennen. Es fehlt auch an jedem Vortrag dazu, an welchem Vorbringen die Beklagte durch das Verfahren des LSG gehindert gewesen sein soll.

Hiernach scheitert ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis schon in der Krankenversicherung nicht an der Figur des mißglückten Arbeitsversuchs. Erst recht hat dann ein die Versicherungspflicht in der Rentenversicherung und die Beitragspflicht in der Arbeitslosenversicherung begründendes Beschäftigungsverhältnis bestanden. Deshalb erwies sich die Revision der Beklagten als unbegründet und war zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 des Sozialgerichtsgesetzes.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)