

Bundessozialgericht

Az.: 3 RK 8/65

Im Namen des Volkes

Urteil

in dem Rechtsstreit

Verkündet am  
16. Okt. 1968

Kläger und Revisionskläger,  
-Prozeßbevollmächtigte:

g e g e n

Beklagte und Revisionsbeklagte,

Beigeladene:



- 2 -

Der 3. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Oktober 1968 durch

|                     |                     |     |
|---------------------|---------------------|-----|
| Senatspräsident     | Dr. L a n g k e i t |     |
|                     | - Vorsitzender -,   |     |
| Bundesrichter       | S p i e l m e y e r | und |
| Bundesrichter       | Schroeder-Printzen, |     |
| Bundessozialrichter | Dr. S c h u p p     | und |
| Bundessozialrichter | Z o l l e n k o p f |     |

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landessozialgerichts Niedersachsen vom 22. Dezember 1964 wird zurückgewiesen.

Die Anschlußrevision der beigeladenen Landesversicherungsanstalt Hannover gegen das Urteil des Landessozialgerichts Niedersachsen vom 22. Dezember 1964 wird als unzulässig verworfen.

Außergerichtliche Kosten des Revisionsverfahrens sind nicht zu erstatten.

### G r ü n d e :

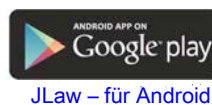
#### I

Der Kläger ist im Jahre 1937 geboren. Er war vom 1. April 1955 bis 30. September 1962 im landwirtschaftlichen Betrieb seines Vaters tätig und während dieser Zeit bei der beigeladenen Landkrankenkasse (LKK) Pflichtmitglied. Beiträge zur Rentenversicherung wurden an die beigeladene Landes-

- 3 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 3 -

versicherungsanstalt (LVA) Hannover abgeführt. Im August 1962 bewarb sich der Kläger bei der beigeladenen Tiefbau-Berufsgenossenschaft (Tiefbau-BG) - Gebietsverwaltung Norddeutschland - um Einstellung als Registrator. Durch Schreiben vom 21. September 1962 teilte diese dem Kläger mit, sie sei mit Zustimmung der Hauptverwaltung bereit, ihn im Registraturbetrieb zu beschäftigen, Voraussetzung hierfür sei jedoch, daß die noch zu veranlassende amtsärztliche Untersuchung des Klägers Bürodienstfähigkeit ergebe. Der Kläger nahm am Montag, dem 1. Oktober 1962, seine Beschäftigung als Angestellter im Registraturdienst auf. Von diesem Tage an erhob die beklagte Ersatzkasse Pflichtbeiträge zur Sozialversicherung. Am 4. Oktober 1962 bescheinigte der praktische Arzt Dr. , daß der Kläger drei Tage arbeitsunfähig sei (Kreislauf). Der Kläger blieb am Freitag, dem 5. Oktober 1962, der Arbeit fern, nahm sie jedoch am 8. Oktober 1962 wieder auf. In einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung desselben Arztes vom 12. Oktober 1962 ist ausgeführt, der Kläger werde seit dem 11. Oktober 1962 wegen Lungentuberkulose behandelt, er sei ab 13. Oktober 1962 arbeitsunfähig. Am 19. Oktober 1962 ging bei der Tiefbau-BG ein über den Kläger erstattetes Gesundheitszeugnis des Staatlichen Gesundheitsamts für den Kreis Burgdorf vom 2. Oktober 1962 ein. Hierin heißt es u.a.: Es handele sich um eine frische entzündliche Oberfeld-Tbc rechts, die dringend behandlungsbedürftig sei; Arbeitsunfähigkeit liege vor, eine Heilstättenkur solle so schnell wie möglich eingeleitet werden. In dem an den Kläger gerichteten Schreiben der Ersatzkasse vom 14. November 1962 wurde ausgeführt, das von ihr eingeholte vertrauensärztliche Gutachten lasse eindeutig erkennen, daß er - der Kläger - auf Grund seines Gesundheitszustandes bereits bei der Arbeitsaufnahme am 1. Oktober 1962 unfähig gewesen sei, die Tätigkeit bei der Tiefbau-BG auszuführen. Daraus folge, daß es sich bei der am 1. Oktober 1962

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

- 4 -



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

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

- 4 -

aufgenommenen Tätigkeit um den erfolglosen Versuch einer Beschäftigung gehandelt habe, die keine Krankenversicherungspflicht begründe. Die Mitgliedschaft bei der Kasse müsse aus diesem Grunde annulliert werden.

Der Widerspruch blieb erfolglos. Das Sozialgericht (SG) hingegen hob die angefochtenen Bescheide auf (Urteil vom 27. Februar 1964).

Auf die Berufung der Beklagten wurde das Urteil des SG aufgehoben und die Klage abgewiesen. Zur Begründung führte das Landessozialgericht (LSG) aus: Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme habe der Kläger während seiner Tätigkeit bei der Tiefbau-BG vom 1. bis 12. Oktober 1962 Arbeit von wirtschaftlichem Wert geleistet, Es lasse sich auch nicht sicher nachweisen, daß die Arbeit nur unter der Gefahr einer Verschlimmerung seines Leidens aufgenommen werden konnte. Durch das vom Gericht eingeholte Gutachten des Dr. G

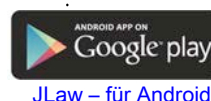
vom 12. Oktober 1964 sei jedoch nachgewiesen, daß von vornherein, nämlich bei der Aufnahme der Beschäftigung des Klägers am 1. Oktober 1962, festgestanden habe, daß der Kläger die Arbeit in kürzester Zeit wieder aufgeben mußte. Das Vorbringen des Klägers, er habe von seiner Erkrankung bis zum 12. Oktober 1962 keine Kenntnis gehabt, ändere an der getroffenen Feststellung nichts. Entscheidend sei nicht, was der Kläger bei Beginn der Tätigkeit über seinen Gesundheitszustand gewußt habe, sondern entscheidend seien die medizinischen Kenntnisse über seinen damaligen Gesundheitszustand. Es stehe objektiv fest - wenn auch für die Beteiligten nicht von vornherein erkennbar -, daß die Arbeit in kürzester Frist ein Ende haben müssen. Mithin liege ein mißglückter Arbeitsversuch vor. Mit jedem neuen Beschäftigungsverhältnis entstehe grundsätzlich ein neues Versicherungsverhältnis, wenn durch den Wechsel des Arbeitsplatzes die Mitgliedschaft bei einer anderen Krankenkasse

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

- 5 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 5 -

begründet werde, so daß der Einwand der LVA, beim Kläger könne deswegen von einem mißglückten Arbeitsversuch nicht gesprochen werden, weil ein Arbeitsplatzwechsel vorliege, nicht gerechtfertigt sei.

Der Kläger hat die zugelassene Revision folgendermaßen begründet: Die rückwirkende Betrachtungsweise eines Beschäftigungsverhältnisses sei mit dem Wesen der Sozialversicherung nicht vereinbar; ein Arbeitsverhältnis müsse dann angenommen werden, wenn der Wille der Vertragsschließenden und die tatsächliche Arbeitsleistung des Arbeitnehmers zweifelsfrei für ein solches sprächen. Daß die Arbeitsleistung nur wenige Tage gedauert habe, sei nicht voraussehbar gewesen und könne an der Gestaltung der arbeitsrechtlichen Beziehungen nachträglich nichts ändern.

Der Kläger beantragt,

unter Aufhebung des Urteils des LSG Niedersachsen vom 22. Dezember 1964 nach dem zuletzt gestellten Anträgen zu entscheiden und die Beklagte weiterhin zu verurteilen, auch die Kosten des zweiten und dritten Rechtszuges zu erstatten.

Diesem Antrag hat sich das beigeladene Land angeschlossen.

Mit einem am 20. März 1965 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz hat die beigeladene LVA Anschlußrevision eingelegt und beantragt,

unter Aufhebung des Urteils des LSG Niedersachsen vom 22. Dezember 1964 die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des SG Lüneburg vom 27. Februar 1964 zurückzuweisen.

Der Begriff "mißglückter Arbeitsversuch" enthalte auch ein subjektives Element. Dies komme dadurch zum Ausdruck, daß

- 6 -



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



- 6 -

dem Arbeitnehmer bekannt sei, daß er krank war oder noch ist und daß er auf Grund dieser Krankheit das alte Beschäftigungsverhältnis seines ungünstigen Gesundheitszustandes wegen habe beenden müssen, um eine neue Beschäftigung aufzunehmen. Das LSG habe zu Unrecht angenommen, es habe von vornherein festgestanden, daß der Kläger die am 1. Oktober 1962 begonnene Arbeit in kürzester Frist wieder habe aufgeben müssen.

Die beigeladene LKK hat mit einem am 30. April 1964 eingegangenen Schriftsatz beantragt,

unter Aufhebung des Urteils des LSG Niedersachsen vom 22. Dezember 1964 die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des SG Lüneburg vom 27. Februar 1964 zurückzuweisen.

Sie pflichtet im wesentlichen der Auffassung der LVA bei und meint, die Versicherungspflicht sei nach den Verhältnissen und Tatsachen zu beurteilen, wie sie bekannt gewesen seien. Eine retrospektive Betrachtungsweise sei unzulässig.

Die Beklagte und die beigeladene Bundesversicherungsanstalt für Angestellte beantragen,

die Revision als unbegründet zurückzuweisen,

Sie halten das angefochtene Urteil des LSG für richtig.

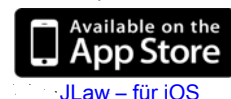
## II

Die Revision des Klägers ist unbegründet. Der Kläger hat in der Zeit vom 1. bis 12. Oktober 1962 bei der Tiefbau-BG -Gebietsverwaltung Norddeutschland- nicht in einem versicherungspflichtig wirksamen Beschäftigungsverhältnis gestanden.

- 7 -



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



- 7 -

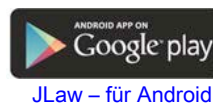
Nach § 165 Abs. 1 Nr. 2 der Reichsversicherungsordnung (RVO) a.F. wurden für den Fall der Krankheit Angestellte versichert, wenn ihr regelmäßiger Jahresarbeitsverdienst (JAV) 7.920,-- DM nicht überstieg. Der Kläger ist während der angegebenen Zeit als Angestellter (Registrator) tätig gewesen, und sein regelmäßiger JAV erreichte nicht den Betrag von 7.920,-- DM. Wie das LSG zutreffend entschieden hat, handelte es sich jedoch bei der Beschäftigung des Klägers für die genannte Zeit um einen sog. mißglückten Arbeitsversuch. Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) liegt ein solcher vor, wenn keine Arbeit von wirtschaftlichem Wert erbracht worden ist oder wenn die Arbeit nur unter der Gefahr einer Verschlimmerung eines Leidens aufgenommen werden konnte oder wenn bei der Aufnahme der Arbeit bereits feststand, daß sie in kürzester Frist wieder aufgegeben werden müsse (vgl. BSG 15, 89, 91 f; SozR Nr. 53 zu § 165 RVO). Der Senat hat in seinem Urteil vom 28. April 1967 (SozR aaO) ausgeführt, von einem mißglückten Arbeitsversuch könne jedenfalls dann keine Rede mehr sein, wenn die Arbeit im Rahmen eines versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses - wenn auch möglicherweise auf Kosten der Gesundheit des Beschäftigten - eine nicht unerhebliche Zeitlang verrichtet werde. Ob hiernach eine versicherungsrechtliche wirksame Beschäftigung vorliege, müsse im Einzelfall nach der Gesamtheit der Umstände, nach Art, Dauer und Erfolg der Beschäftigung und ihrer wirtschaftlichen Bedeutung geprüft werden (vgl. RVA, Grunds. Entsch. Nr. 5502, AN 1943, 21, 22).

Das LSG hat in seinem Urteil festgestellt, daß der Kläger während seiner Tätigkeit bei der Tiefbau-BG Arbeit von wirtschaftlichem Wert geleistet hat. Es hat einen mißglückten Arbeitsversuch aber deswegen mit Recht angenommen, weil nach dem von ihm eingeholten Gutachten des Dr. G vom 12. Oktober 1964 und unter Berücksichtigung der

- 8 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 8 -

sonst noch vorliegenden Befunde nachgewiesen sei, daß von vornherein, nämlich bei der Aufnahme der Beschäftigung des Klägers am 1. Oktober 1962 festgestanden habe, daß er die Arbeit in kürzester Frist wieder habe aufgeben müssen. Die sowohl vom Reichsversicherungsamt (EuM Bd. 49, 309 = AN 1942, 96 Nr. 5488 und AN 1943, 21, 22 Nr. 5502) als auch vom BSG (aaO) für notwendig erachtete Voraussetzung, daß "von vornherein" oder "von Anfang an" (so BSG SozR Nr. 44 zu § 165 RVO) feststehen müsse, daß die Beschäftigung in kürzester Zeit ein Ende nehmen werde, ist objektiv zu verstehen. Daher kommt es auf das subjektive Element, ob der Arbeitnehmer von diesem Umstand Kenntnis hat oder nicht, nicht an; denn sonst würde die Krankenkasse in unübersehbare Beurteilungsschwierigkeiten geraten. Nur eine objektive Betrachtungsweise schließt Manipulationen aus, die darin liegen können, daß sich ein Arbeitnehmer Versicherungsschutz für eine Krankheit verschafft, von der bei der Arbeitsaufnahme feststeht, daß sie ihn innerhalb kürzester Frist zwingt, die Beschäftigung aufzugeben. Steht mithin vor oder zumindest kurze Zeit nach Beginn der Arbeitsaufnahme objektiv fest -wenn auch für die Beteiligten des Arbeitsvertrages zunächst nicht erkennbar-, daß die Arbeit nach kürzester Frist ein Ende nehmen muß, dann liegt ein "mißglückter Arbeitsversuch" vor. Die Beurteilung, ob "von Anfang an" objektiv feststand, daß der Arbeitnehmer nur kurze Zeit werde arbeiten können, darf rückschauend eine angemessene Zeit später erfolgen.

Es ist mithin unschädlich, daß die Beklagte dem Kläger erst mit Schreiben vom 14. November 1962 mitgeteilt hat, sie "annuliere" die Mitgliedschaft. Zwar ist eine rückwirkende Betrachtung des Versicherungsverhältnisses mit dem Grundgedanken des Versicherungsschutzes nicht vereinbar (Urteil des Senats vom 13. Februar 1964 in SozR Nr. 43 zu § 165 mit weiteren Nachweisen). Diese findet hier jedoch nicht statt,

- 9 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 9 -

sondern in dem zu entscheidenden Fall geht es darum zu beurteilen, ob die beklagte Ersatzkasse sogleich nach Eintritt des Klägers in seine Beschäftigung bei der beigeladenen Tiefbau-BG objektive Befunde erhoben hat, die es rechtfertigen, daß sie das Versicherungsverhältnis "annullierte", weil ein "mißglückter Arbeitsversuch" vorlag. Dies ist zu bejahen.

Nach den Feststellungen des LSG ist bereits im Gesundheitszeugnis des Staatlichen Gesundheitsamts vom 2. Oktober 1962 im Abschnitt "Urteil" vermerkt worden, bei dem Kläger liege eine "frische entzündliche Oberfeld-Tbc - re (produktive, infiltrative Oberfeld-Tbc)" vor, die dringend behandlungsbedürftig sei; Arbeitsunfähigkeit liege vor, eine Heilstättenkur solle so schnell wie möglich eingeleitet werden.

Es kann dahingestellt bleiben, ob dem Kläger dieser Befund erst am 12. Oktober 1962 mitgeteilt worden ist, wie er im gerichtlichen Verfahren behauptet hat, oder ob dies bereits am 2. Oktober der Fall war, wie er bei der vertrauensärztlichen Untersuchung am 30. Oktober 1962 angegeben hatte. Nach dem Vorgesagten kommt es nicht entscheidend darauf an, was er über seinen Gesundheitszustand wußte, sondern darauf, welche objektiven medizinischen Erkenntnisse zu dieser Zeit hinsichtlich seines Gesundheitszustandes vorlagen, und damals stand fest, daß er die Arbeit in kürzester Frist beenden mußte.

Der rückwirkenden Feststellung, daß ein Versicherungsverhältnis nicht entstanden ist, stand auch nicht entgegen, daß die EK den Beitritt formularmäßig in Verbindung mit einer Beitragsberechnung bestätigt hatte. Sie erläßt damit keinen Verwaltungsakt, der nach § 77 SGG bindend werden kann, weil sie keine "Regelung" trifft. Beim einseitigen Beitritt Versicherungspflichtiger wäre das nur dann der Fall, soweit sie von ihrem beschränkten Zurückweisungsrecht (§ 505 Abs. 2 RVO) Gebrauch macht.

- 10 -



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

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

- 10 -

Die Anschlußrevision der notwendig beigeladenen LVA ist unzulässig. Zwar kann auch im sozialgerichtlichen Verfahren eine Anschlußrevision eingelegt werden (BSG 8, 24, 29); jedoch kann sich ein auf der Seite des Revisionsklägers streitender Beteiligter der Revision nicht anschließen (für die Berufung vgl. Urteil des BSG vom 29. Januar 1959 in SozR Nr. 5 zu § 521 ZPO). Mit der Rechtsmitteleinlegung des Klägers ist die Beigeladene auch an dem Rechtsmittelverfahren in ihrer bisherigen Eigenschaft beteiligt. Nach § 75 Abs. 4 Satz 1 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) konnte sie alle Verfahrenshandlungen, auch das Stellen von Sachanträgen mit Ausnahme derjenigen, die eine Verfügung über den Streitgegenstand enthalten, wirksam vornehmen, ohne daß es eines eigenen Rechtsmittels bedurfte (vgl. BSG 8, 291, 292 f); die beigeladene LVA hat sich im Rahmen der Sachanträge des Klägers gehalten.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



**JLaw – Gesetze und Urteile**  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile  
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)