

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Verkündet am
29. September 1998

Urteil

in dem Rechtsstreit

Az: B 1 KR 10/96 R

.....,

Kläger und Revisionskläger,

Prozeßbevollmächtigte:

.....,

g e g e n

AOK Westfalen-Lippe - Die Gesundheitskasse,
Nortkirchenstraße 103-105, 44263 Dortmund,

Beklagte und Revisionsbeklagte.

Der 1. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom
29. September 1998 durch den Richter **S t e e g e** - Vorsitzender - und die
Richter **D r. D r e h e r** und **D r. C l e m e n s** sowie die ehrenamtlichen
Richter **H ö c h s t** und **B e h r e n s**
für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landessozialgerichts Nordrhein-
Westfalen vom 13. Februar 1996 aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozial-
gericht zurückverwiesen.



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



Gründe:

I

Die Beteiligten streiten über das Bestehen eines Krankengeldanspruchs.

Der 1950 geborene Kläger arbeitete von 1972 bis 1980 mit Unterbrechungen als Bergmann sowie von September 1980 bis März 1981 als Tiefbauarbeiter. Danach war er nur noch zweimal jeweils kurzzeitig (vom 9. bis 24. August 1982 als Bauarbeiter und vom 15. Mai bis 11. Juli 1990 als Möbelpacker) versicherungspflichtig beschäftigt. Im übrigen war er arbeitslos und bezog überwiegend Sozialhilfe. Krankenversicherungsschutz erhielt er als Familienversicherter über seine berufstätige Ehefrau. In einem im April 1993 gestellten Rentenantrag gab er an, wegen einer schweren Depression mit Angstzustand, eines Bandscheibenvorfalles und einer spastischen Bewegungsstörung an den Beinen erwerbsunfähig zu sein. Im Rahmen des nordrhein-westfälischen Landesprogramms zur Schaffung zusätzlicher Arbeitsplätze für arbeitslose Sozialhilfeempfänger stellte ihn der Verein "J. A. Z. e.V." (JAZ) zum 1. September 1993 als Gartenarbeiter ein. Der Kläger nahm an dem vereinbarten Termin die Tätigkeit auf und verrichtete die ihm aufgetragenen Pflegearbeiten im Garten- und Landschaftsbau. Am nächsten Tag, dem 2. September 1993, wurde er wegen eines phobischen Syndroms von seinem behandelnden Nervenarzt krankgeschrieben. Zu einer erneuten Arbeitsaufnahme kam es nicht. Die Arbeitsvertragsparteien einigten sich später darauf, daß das Arbeitsverhältnis am 9. September 1993 geendet habe. Bis zu diesem Tag wurde dem Kläger der Lohn weitergezahlt.

Die Beklagte lehnte nach Anhörung des behandelnden Arztes und Begutachtung durch den Medizinischen Dienst der Krankenversicherung die Gewährung von Krankengeld mit der Begründung ab, der Arbeitsversuch am 1. September 1993 sei mißglückt und habe kein Mitgliedschaftsverhältnis entstehen lassen (Bescheid vom 13. September 1993; Widerspruchsbescheid vom 10. Dezember 1993).

Der dagegen gerichteten Klage hat das Sozialgericht (SG) stattgegeben; das Landesozialgericht (LSG) hat sie abgewiesen. Nach Auffassung des Berufungsgerichts ist ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis als Voraussetzung des geltend gemachten Krankengeldanspruchs nicht zustande gekommen. Bei der Tätigkeit am 1. September 1993 habe es sich um einen mißglückten Arbeitsversuch im Sinne der Rechtsprechung gehandelt. Der Kläger sei nach den ärztlichen Äußerungen im Zeitpunkt der Arbeitsaufnahme objektiv arbeitsunfähig gewesen und habe die Tätigkeit auch bereits nach einem Tag wieder aufgegeben. An dem Rechtsinstitut des mißglückten Arbeitsversuchs, welches die Bedingungen für das Zustandekommen eines Beschäftigungsverhältnisses in einer dem Versicherungsprinzip und den Erfordernissen der Mißbrauchsabwehr



Rechnung tragenden Weise konkretisiere, sei ungeachtet der dagegen vorgebrachten Einwände grundsätzlich festzuhalten.

Mit der Revision macht der Kläger geltend, die Rechtsauffassung des LSG verstoße gegen § 5 Abs 1 Nr 1, § 44 Abs 1 und § 186 Abs 1 Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V). Für die Rechtsfigur des mißglückten Arbeitsversuchs und die daran geknüpften Folgerungen gebe es keine gesetzliche Grundlage. Der Versicherungsschutz könne deshalb allenfalls in Mißbrauchsfällen versagt werden. Von einer Manipulation zum Nachteil der Beklagten könne jedoch in seinem Fall keine Rede sein. Er habe sich bei der Aufnahme der Tätigkeit subjektiv arbeitsfähig gefühlt. Keinesfalls könne ihm vorgeworfen werden, daß er sich mißbräuchlich Leistungen habe erschleichen wollen.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 13. Februar 1996 aufzuheben und die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts Gelsenkirchen vom 27. April 1995 zurückzuweisen.

Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Sie hält das angefochtene Urteil für zutreffend. Selbst wenn man die Rechtsfigur des mißglückten Arbeitsversuchs auf Fälle eines bewußten Mißbrauchs beschränken wolle, habe hier kein Beschäftigungsverhältnis im sozialversicherungsrechtlichen Sinne vorgelegen; denn der Kläger habe nach den Feststellungen des LSG aufgrund der Arbeitsplatzbeschreibung schon vorher gewußt, daß er den körperlichen Anforderungen der zu verrichtenden Arbeit gesundheitlich nicht gewachsen sein werde.

II

Die Revision des Klägers ist insofern begründet, als der Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an die Vorinstanz zurückverwiesen werden muß.

Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß dem Kläger ein Anspruch auf Krankengeld nach § 44 Abs 1 SGB V nur zusteht, wenn er bei Eintritt der Arbeitsunfähigkeit am 2. September 1993 in einem die Krankenversicherungspflicht begründenden Beschäftigungsverhältnis gemäß § 5 Abs 1 Nr 1 SGB V gestanden hat. Das zuvor bestehende Versicherungsverhältnis als Familienangehöriger nach § 10 Abs 1 SGB V oder eine möglicherweise aufgrund des Rentenanspruchs im April 1993 entstandene Formalmitgliedschaft in der Rentnerkrankenversicherung gemäß § 189 Abs 1 Satz 1 SGB V vermögen dagegen keine Berechtigung zum Bezug von Krankengeld zu begründen, wie sich für die



Familienversicherung aus § 44 Abs 1 Satz 2 SGB V und für die Versicherung als Rentenantragsteller aus dem Zusammenhang der Regelungen in § 47 Abs 4 Satz 2 und § 225 Satz 1 Nr 3 SGB V ergibt. Ob durch das Arbeitsverhältnis mit dem Verein JAZ eine versicherungspflichtige Beschäftigung zustande gekommen ist, kann der Senat aufgrund der bisher getroffenen Feststellungen nicht entscheiden.

In der Krankenversicherung versicherungspflichtig sind nach § 5 Abs 1 Nr 1 SGB V Arbeitnehmer, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind. Dabei entsteht die Versicherungspflicht nicht schon mit der Eingehung des Arbeitsverhältnisses. Nach § 186 Abs 1 SGB V in der hier noch maßgebenden Fassung des Gesundheits-Reformgesetzes (GRG) vom 20. Dezember 1988 (BGBl I 2477) war vielmehr erforderlich, daß der Arbeitnehmer in die Beschäftigung eintrat. Erst mit dem Tag des Eintritts in die Beschäftigung, dh im Regelfall mit der Aufnahme der Arbeit, begann die Mitgliedschaft bei der Krankenkasse. Äußerlich betrachtet waren die genannten Voraussetzungen, nämlich eine Beschäftigung gegen Arbeitsentgelt und der Eintritt in die Beschäftigung, in der Person des Klägers erfüllt, nachdem dieser, wie vom LSG festgestellt, am 1. September 1993 seine Tätigkeit als Gartenarbeiter aufgenommen und die ihm zugewiesenen Arbeiten verrichtet hatte.

Das Bestehen eines versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses als Grundlage des Krankengeldanspruchs kann entgegen dem angefochtenen Urteil nicht mit der Begründung verneint werden, bei der Tätigkeit des Klägers habe es sich um einen mißglückten Arbeitsversuch gehandelt. Das Bundessozialgericht (BSG) hatte zu den früheren §§ 165 und 306 Reichsversicherungsordnung (RVO) allerdings in ständiger Rechtsprechung die Auffassung vertreten, daß trotz Vorliegens eines wirksamen Arbeitsvertrages und tatsächlich geleisteter Arbeit keine Versicherungspflicht in der Krankenversicherung eintrete, wenn im Zeitpunkt der Arbeitsaufnahme feststehe, daß der Beschäftigte die Tätigkeit aus gesundheitlichen Gründen nicht oder nur bei schwerwiegender Gefährdung seiner Gesundheit verrichten könne, und er die Arbeit entsprechend der darauf zu gründenden Erwartung vor Ablauf einer wirtschaftlich ins Gewicht fallenden Zeit wieder aufgebe. Die Ausklammerung dieser mit dem Begriff des mißglückten Arbeitsversuchs gekennzeichneten Fallgestaltungen aus dem Versicherungsschutz wurde mit der Notwendigkeit der Mißbrauchsabwehr und der Wahrung des Versicherungsprinzips begründet. Letzteres erfordere, daß jeder Versicherte mindestens der Möglichkeit nach zugleich Leistungsempfänger und Beitragszahler sei. Deshalb könne niemand Mitglied der Versichertengemeinschaft werden, der von vornherein wegen Arbeitsunfähigkeit als Beitragszahler ausscheide (vgl die zusammenfassende Darstellung in BSGE 72, 221, 222 ff = SozR 3-2200 § 165 Nr 10 S 20 ff; ferner BSG SozR 2200 § 165 Nr 33 und Nr 34, jeweils mwN). Diese Rechtsprechung, auf die das Berufungsgericht seine Entscheidung gestützt hat, hat der für das Beitragsrecht der Sozialversicherung zuständige 12. Senat des BSG inzwischen aufgegeben. Er hat in zwei Urteilen vom 4. Dezember 1997 (12 RK 3/97 - BSGE 81, 231 = SozR 3-2500 § 5 Nr 37 und 12 RK 46/94 - USK 9722) entschieden, daß



die Rechtsfigur des mißglückten Arbeitsversuchs in ihrem bisherigen Verständnis unter der Geltung des SGB V nicht mehr anzuwenden ist. Der erkennende Senat teilt diese Rechtsauffassung und schließt sich ihr an.

Für die Annahme, daß in den Fällen eines fehlgeschlagenen Arbeitsversuchs trotz Aufnahme einer entgeltlichen Beschäftigung keine Versicherungs- und Beitragspflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung entsteht, gibt der Gesetzestext nichts her. Das SGB V enthält keine Vorschrift, nach der die Versicherungspflicht von bestimmten gesundheitlichen Voraussetzungen oder von der Arbeitsfähigkeit des Beschäftigten abhängt. Auch aus dem Zweck oder der Systematik der Regelungen über die Versicherungspflicht und die Mitgliedschaft in der Krankenversicherung läßt sich die in Rede stehende Einschränkung nicht herleiten.

Der 12. Senat des BSG hat in den Urteilen vom 4. Dezember 1997 (aaO) ausführlich dargestellt, daß der mit der Rechtsfigur des mißglückten Arbeitsversuchs angestrebte Schutz der Krankenversicherung vor eingebrachten Risiken nicht mit dem Hinweis auf das Versicherungsprinzip gerechtfertigt werden kann. Er hat zu Recht darauf hingewiesen, daß für andere Tatbestände der Versicherungspflicht, etwa bei der Krankenversicherung der Studenten oder der Rentenantragsteller, kein vergleichbares Institut zur Wahrung des Versicherungsprinzips vorgesehen ist und daß der Gesetzgeber Regelungen zur Risikobegrenzung bei Beginn einer Versicherung, wie sie früher in Gestalt von Wartezeiten oder Risikoausschlüssen bei der freiwilligen Versicherung oder der Familienversicherung bestanden, gerade nicht beibehalten hat. Daß das Gesetz die Begründung eines Versicherungsverhältnisses trotz bestehender Arbeitsunfähigkeit als mit dem Versicherungsgedanken vereinbar ansieht, wird durch die jüngste Rechtsentwicklung bestätigt. Denn durch das Gesetz zur sozialrechtlichen Absicherung flexibler Arbeitszeitregelungen vom 6. April 1998 (BGBl I 688) ist § 186 Abs 1 SGB V rückwirkend zum 1. Januar 1998 dahin geändert worden, daß anstelle des Eintritts in die Beschäftigung nunmehr der Eintritt in das Beschäftigungsverhältnis für das Entstehen der Mitgliedschaft in der Krankenversicherung genügt. Nach der Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung (BT-Drucks 13/9818, S 13) sollte damit ua gegenüber der anderslautenden Rechtsprechung des BSG (BSGE 75, 277 = SozR 3-2500 § 186 Nr 2; SozR 3-2500 § 186 Nr 3; SozR 3-2200 § 306 Nr 2; Senatsurteil vom 8. August 1995 - 1 RK 28/94 - USK 9524) klargestellt werden, daß eine Mitgliedschaft in der gesetzlichen Krankenversicherung auch dann zustande kommt, wenn die Beschäftigung wegen einer Erkrankung nicht zu dem im Arbeitsvertrag vorgesehenen Zeitpunkt aufgenommen werden kann, sofern der Arbeitnehmer Anspruch auf Fortzahlung des Arbeitsentgelts hat. Nach geltendem Recht hätte die Rechtsfigur des mißglückten Arbeitsversuchs angesichts dieser Änderung ohnehin keine Berechtigung mehr; denn wenn jemand, der die vereinbarte Tätigkeit wegen einer Erkrankung nicht aufnimmt, gleichwohl Versicherungsschutz erlangt, kann für denjenigen,



der in gleicher Lage einen - letztlich erfolglosen - Arbeitsversuch unternimmt, nichts anderes gelten.

Der früher angenommene Ausschluß der Versicherungspflicht in Fällen des mißglückten Arbeitsversuchs kann auch nicht mit der Notwendigkeit der Mißbrauchsabwehr begründet werden. Eine Manipulation zum Nachteil der Krankenversicherung in der Form, daß eine versicherungspflichtige Beschäftigung lediglich vorgetäuscht wird, um in den Genuß von Leistungen zu kommen, kann in vielen Fällen durch eine sorgfältige Ermittlung und Prüfung der jeweiligen Sachverhaltsumstände aufgedeckt werden. Sofern das nicht als ausreichend erachtet wird, können Anreize zum Mißbrauch durch geeignete gesetzliche Regelungen der Risikobegrenzung bei Beginn der Versicherung weitgehend gemindert werden. Demgegenüber führt die Rechtsfigur des mißglückten Arbeitsversuchs zu einer - gemessen am Ziel der Mißbrauchsabwehr - unverhältnismäßigen Einschränkung des Versicherungsschutzes. Da sie allein an die äußeren Umstände der Beschäftigung, nämlich das Bestehen von Arbeitsunfähigkeit und die Aufgabe der Tätigkeit vor Ablauf einer wirtschaftlich ins Gewicht fallenden Zeit, anknüpft, bleiben subjektive Elemente wie die Kenntnis und die Beweggründe des Arbeitnehmers außer Betracht, obwohl allein sie die Beurteilung ermöglichen, ob im Einzelfall eine mißbräuchliche Inanspruchnahme des Krankenversicherungsschutzes erfolgt oder nicht. Das hat zur Folge, daß mit der Rechtsfigur des mißglückten Arbeitsversuchs das Zustandekommen eines Versicherungsverhältnisses in zahlreichen Fällen auch dann verneint wird, wenn tatsächlich kein Mißbrauch vorliegt.

Nachdem sich weder aus dem SGB V noch aus ergänzend heranzuziehenden allgemeinen Rechtsgrundsätzen Anhaltspunkte für eine einschränkende Auslegung der Vorschriften über die Versicherungspflicht und den Beginn der Mitgliedschaft in der Krankenversicherung gewinnen lassen, steht der allein auf Richterrecht beruhenden Rechtskonstruktion des mißglückten Arbeitsversuchs der Vorbehalt des § 31 Erstes Buch Sozialgesetzbuch (SGB I) entgegen, der es verbietet, Rechte und Pflichten in den Sozialleistungsbereichen des SGB ohne gesetzliche Grundlage zu ändern oder aufzuheben.

Wenn demnach eine versicherungspflichtige Beschäftigung des Klägers nicht allein deshalb verneint werden kann, weil nach den Kriterien der früheren Rechtsprechung ein mißglückter Arbeitsversuch vorgelegen hat, so bleibt gleichwohl zu prüfen, ob durch den Arbeitsvertrag mit dem Verein JAZ tatsächlich ein entgeltliches Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 5 Abs 1 Nr 1 SGB V begründet wurde. Das richtet sich nicht nur nach den Angaben oder Erklärungen der Betroffenen, sondern danach, ob die tatsächlichen Verhältnisse insgesamt den Schluß auf die ernstliche Absicht rechtfertigen, die mit einer Tätigkeit in einem Arbeitsverhältnis verbundenen gegenseitigen rechtlichen Verpflichtungen einzugehen. Ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis ist abgesehen von den Fällen einer rechtlich unverbindlichen familienhaften Mithilfe, einer selbständigen



Tätigkeit oder einer geringfügigen Beschäftigung insbesondere dann zu verneinen, wenn ein Scheingeschäft vorliegt, mit dem ein Beschäftigungsverhältnis lediglich vorgetäuscht werden soll, um Leistungen der Krankenversicherung zu erlangen. Versicherungspflicht tritt ferner nicht ein, wenn ein Arbeitnehmer ein Arbeitsverhältnis von vornherein mit der Absicht eingeht, die Tätigkeit unter Berufung auf die ihm bekannte Arbeitsunfähigkeit nicht anzutreten oder alsbald wieder aufzugeben. Legen die Umstände des Falles ein mißbräuchliches Verhalten oder eine Manipulation zu Lasten der Krankenkasse nahe, so bedarf es einer sorgfältigen Aufklärung dieser Umstände und der von den Arbeitsvertragsparteien wirklich verfolgten Absichten. Beispielsweise können zusätzliche Ermittlungen erforderlich sein, wenn bereits bei der Arbeitsaufnahme Arbeitsunfähigkeit besteht, dieses bekannt ist und die Arbeit alsbald aufgegeben wird. Kommen weitere Umstände, etwa eine familiäre oder verwandtschaftliche Beziehung zwischen den Arbeitsvertragsparteien, das Fehlen eines schriftlichen Arbeitsvertrags, eine offensichtlich vom üblichen Rahmen abweichende Lohnhöhe, der Verlust eines anderweitigen Versicherungsschutzes oder eine rückwirkende Anmeldung bei der Krankenkasse nach zwischenzeitlichem Auftreten einer kostenaufwendigen Erkrankung (vgl. zB Urteil des LSG Bremen vom 16. Juli 1998 - L 2 Kr 14/94, Die Beiträge Beilage 1998, 298) hinzu, kann von einer Versicherungspflicht nur ausgegangen werden, wenn weitere Tatsachen diese Verdachtsmomente entkräften. Soweit sich die Tatsachengrundlage objektiv nicht aufklären läßt, trägt derjenige den rechtlichen Nachteil, der sich auf sie beruft (vgl. Urteil des 12. Senats vom 4. Dezember 1997 - BSGE 81, 231, 240 = SozR 3-2500 § 5 Nr 37 S 146).

Ob nach diesen Kriterien durch das Arbeitsverhältnis des Klägers mit dem Verein JAZ Versicherungspflicht in der Krankenversicherung begründet worden ist, läßt sich derzeit nicht entscheiden. Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des LSG war der Kläger bei Aufnahme der Tätigkeit am 1. September 1993 wegen einer Angstneurose und eines Wirbelsäulenleidens objektiv arbeitsunfähig. Des weiteren war ihm aufgrund der Arbeitsplatzbeschreibung und der Überlassung entsprechender Arbeitskleidung schon vor der Arbeitsaufnahme bekannt, daß zu der Arbeitsleistung auch Tätigkeiten in Gummistiefeln gehörten und er diese aus ärztlicher Sicht wegen der vorhandenen Gangstörung nicht tragen sollte. Festgestellt ist ferner, daß der Kläger bereits am Ende des ersten Arbeitstages seinem Vorarbeiter gegenüber geäußert hat, die am nächsten Tag benötigten Gummistiefel nicht tragen zu können, und daß er dies vor Beginn der Arbeit am folgenden Tag wiederholt und durch Vorlage einer schriftlichen Äußerung seines behandelnden Orthopäden bekräftigt hat. Diese Umstände in Verbindung mit der Tatsache, daß der Kläger bereits im April 1993 Rente wegen Erwerbsunfähigkeit beantragt hatte, mögen Zweifel an der Ernsthaftigkeit seiner Arbeitsbereitschaft wecken, erlauben aber für sich genommen noch nicht den Schluß auf ein mißbräuchliches Verhalten. Das Wissen um die Arbeitsunfähigkeit oder, wie hier, die Kenntnis von Tatsachen, welche die Tauglichkeit für die geforderte Tätigkeit in Frage stellen, ist entgegen der Ansicht der Beklagten noch kein Beweis für die Absicht des Arbeitnehmers, eine Beschäftigung lediglich vorzutäuschen.



Denn er kann trotz dieser Kenntnis willens sein, die Tätigkeit, sei es auch auf Kosten seiner Gesundheit, längerfristig zu verrichten. Ob eine Mißbrauchsabsicht besteht, kann letztlich nur aufgrund einer Gesamtwürdigung aller für die richterliche Überzeugungsbildung in Betracht kommenden Umstände vom Tatsachengericht entschieden werden. Zu diesem Zweck muß der Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Bei seiner erneuten Befassung wird das LSG insbesondere die näheren Einzelheiten des Zustandekommens und die Modalitäten des Arbeitsvertrages mit dem Verein JAZ zu ermitteln haben. Dabei kann auch von Interesse sein, welche Zwecke der Verein verfolgt und wer sein Träger ist, ferner, ob und gegebenenfalls in welcher Form der Kläger von dem zuständigen Sozialhilfeträger zur Aufnahme der Beschäftigung gedrängt worden ist und inwieweit er diesen sowie seinen Arbeitgeber auf die bestehenden gesundheitlichen Einschränkungen hingewiesen hat. Schließlich bietet sich die Vernehmung des Vorarbeiters des Klägers zu den Umständen der Arbeitsleistung am 1. September und der Beendigung der Tätigkeit am 2. September 1993 an.

Das LSG wird abschließend auch über die Kosten des Verfahrens zu befinden haben.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)