

## B 1 KR 20/02 R

Land  
Bundesrepublik Deutschland  
Sozialgericht  
Bundessozialgericht  
Sachgebiet  
Krankenversicherung  
Abteilung  
1  
1. Instanz  
SG Berlin (BRB)  
Aktenzeichen  
-

Datum  
16.03.1999  
2. Instanz  
LSG Berlin-Brandenburg  
Aktenzeichen  
-

Datum  
25.07.2001  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
B 1 KR 20/02 R

Datum  
19.09.2002  
Kategorie  
Urteil

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landessozialgerichts Berlin vom 25. Juli 2001 aufgehoben. Die Berufung der Klägerin gegen den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Berlin vom 16. März 1999 wird zurückgewiesen. Kosten des Rechtsstreits sind nicht zu erstatten.

Gründe:

I

Die Klägerin beansprucht Krankengeld vom 16. März 1998 bis 9. März 1999.

Die bei der beklagten Allgemeinen Ortskrankenkasse krankenversicherte Klägerin war von 1979 bis 1993 als ungelernte Produktionshelferin beschäftigt. In der Folgezeit bezog sie im Wesentlichen Arbeitslosengeld; allerdings war sie von Juni 1995 bis Mai 1996 im Rahmen einer Arbeitsbeschaffungsmaßnahme als Gartenarbeiterin beschäftigt. Außerdem veranlasste das Arbeitsamt die Teilnahme an einem Lehrgang von Oktober 1996 bis Juni 1997, in dessen Rahmen sie zwei Praktika als Verkäuferin bzw Verkaufshilfe absolvierte. Als der behandelnde Arzt der Klägerin am 6. Januar 1998 Arbeitsunfähigkeit feststellte, war ihr zuletzt bis zum 25. Januar 1998 Arbeitslosengeld bewilligt worden. Der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch auf Arbeitslosenhilfe ab 16. März 1998 hatte wegen anrechenbaren Einkommens des Ehemanns erst für die Zeit vom 12. Oktober 1998 bis 31. März 1999 Erfolg. Seit dem 1. April 1999 bezieht die Klägerin Rente wegen Erwerbsunfähigkeit.

Auf Grund der am 6. Januar 1998 festgestellten Arbeitsunfähigkeit bezog die Klägerin Krankengeld bis zum 15. März 1998. Die Zahlung wurde mit Bescheid vom 20. Februar 1998 (Widerspruchsbescheid vom 26. Mai 1998) eingestellt, nachdem ein Gutachten des Medizinischen Dienstes der Krankenversicherung (MDK) ergeben hatte, dass die Klägerin an leichten körperlichen Arbeiten nicht gehindert sei, und der behandelnde Arzt dieser Beurteilung zugestimmt hatte. Die Klage hatte in erster Instanz keinen Erfolg (Gerichtsbescheid vom 16. März 1999).

Das Landessozialgericht (LSG) hat demgegenüber die vorhergehenden Entscheidungen aufgehoben und die Beklagte mit Urteil vom 25. Juli 2001 verurteilt, der Klägerin vom 16. März 1998 bis zum 9. März 1999 Krankengeld unter Anrechnung der mittlerweile bezogenen Arbeitslosenhilfe zu zahlen. Zur Begründung hat das LSG ausgeführt: Zuletzt sei die Klägerin als ungelernte Gartenarbeiterin auf einem Friedhof im Rahmen der Arbeitsbeschaffungsmaßnahme tätig gewesen. Nach dem Ergebnis der Begutachtung durch den MDK könne sie diese Tätigkeit nicht mehr ausüben. Allerdings ändere sich der Maßstab für die Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit, wenn das Arbeitsverhältnis des Versicherten bei Eintritt der Arbeitsunfähigkeit nicht mehr bestehe. Dann bestimmten sich die gesundheitlichen Anforderungen nicht mehr nach der ursprünglichen Arbeitsstelle, sondern nach einer gleichen oder ähnlich gelagerten Tätigkeit. Das gelte bei gelernten wie bei ungelernten Arbeiten, bei denen das Spektrum der zumutbaren Tätigkeiten jedoch durch den Ausbildungsberuf nicht so eng begrenzt sei. Da die Klägerin nicht mehr in der Lage sei, als Gärtnerin oder in einem vergleichbaren Beruf zu arbeiten, müsse sie als arbeitsunfähig angesehen werden. Daran ändere sich nichts dadurch, dass die Klägerin sich arbeitslos gemeldet und sich in diesem Zusammenhang für die Vermittlung in eine Stelle des allgemeinen Arbeitsmarkts zur Verfügung gestellt habe. Die Teilnahme am Wiedereingliederungslehrgang rechtfertige keine andere Betrachtungsweise. Der gut eineinhalbjährige zeitliche Abstand zwischen letzter Tätigkeit und Arbeitsunfähigkeit spiele nach der Rechtsprechung des 1. Senats des Bundessozialgerichts (BSG) nur dann eine Rolle, wenn die Arbeitsunfähigkeit im zweiten oder einem weiteren Dreijahreszeitraum zu beurteilen sei; in der ersten Rahmenfrist bleibe es bei der Anknüpfung an die zuletzt ausgeübte Beschäftigung (Hinweis auf [BSGE 85, 271](#), 274 f = [SozR 3-2500 § 49 Nr 4 S 14](#)).

Für die nach der streitigen Versagung fehlende Arbeitsunfähigkeitsmeldung der Klägerin sei die unrichtige Beurteilung durch die Beklagte verantwortlich, sodass sie dem Anspruch nicht entgegengehalten werden könne. Der Bezug von Arbeitslosengeld bzw Arbeitslosenhilfe habe den Krankengeldanspruch nicht zum Ruhen gebracht. [§ 49 Abs 1 Nr 3a](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V) sei auf die Fälle der Leistungsfortzahlung nach [§ 126 Abs 1 Satz 1 SGB III](#) beschränkt. Insoweit sei das Arbeitsamt zu Recht davon ausgegangen, die Klägerin könne eine leichte Tätigkeit mit qualitativen Einschränkungen auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt verrichten, sodass sie im Sinne des Arbeitsförderungsrechts nicht arbeitsunfähig gewesen sei und es sich nicht um einen Fall der Leistungsfortzahlung gehandelt habe.

Die Beklagte hat die vom Senat zugelassene Revision eingelegt und rügt die Verletzung von [§ 44 Abs 1 SGB V](#). Die Arbeitsunfähigkeit sei im ersten Dreijahreszeitraum nur dann nach der zuletzt ausgeübten Tätigkeit zu beurteilen, wenn der Versicherte während der Beschäftigung von einer Erkrankung betroffen werde, die seine Arbeitsfähigkeit beeinträchtige; sei er zu diesem Zeitpunkt bereits arbeitslos, so richte sich die Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit nach denjenigen Tätigkeiten, für die sich der Versicherte der Arbeitsvermittlung zur Verfügung gestellt habe.

Die Beklagte beantragt,

das angefochtene Urteil aufzuheben und die Berufung der Klägerin gegen den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Berlin vom 16. März 1999 zurückzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Sie hält das angefochtene Urteil für zutreffend.

II

Die Revision der Beklagten führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Krankengeld.

Die Klage ist zulässig. Auch für die Zeit ab dem 12. Oktober 1998, in der die Klägerin statt des begehrten Krankengeldes eine möglicherweise gleich hohe Arbeitslosenhilfe erhalten hat, ist ihr das Rechtsschutzbedürfnis nicht abzuspüren, weil sich die Feststellung, ob ihr Krankengeld statt Arbeitslosenhilfe zusteht, auf die Höchstbezugsdauer innerhalb der Rahmenfrist und auf die weiteren Ansprüche aus der Arbeitslosenversicherung auswirken kann (dazu im Einzelnen Senatsurteil vom 19. September 2002 - [B 1 KR 11/02 R](#), zur Veröffentlichung bestimmt).

Die Klage ist jedoch unbegründet, denn die Klägerin hat keinen Anspruch auf Krankengeld über den 15. März 1998 hinaus.

Nach [§ 44 Abs 1 Satz 1 SGB V](#) haben Versicherte Anspruch auf Krankengeld, wenn die Krankheit sie arbeitsunfähig macht oder sie auf Kosten der Krankenkasse stationär behandelt werden. Im vorliegenden Fall geht es ausschließlich um die erste Alternative; die hier zu erörternde Frage der verbleibenden Einsatzfähigkeit für andere Tätigkeiten als den ausgeübten Beruf kann sich bei einer stationären Behandlung von vornherein nicht stellen. Das Gesetz erläutert nicht näher, was es mit dem Begriff der "Arbeitsunfähigkeit" meint. Nach dem Wortsinn muss der Versicherte durch eine Erkrankung gehindert sein, seine Arbeit weiterhin zu verrichten. Hat der Versicherte im Beurteilungszeitpunkt einen Arbeitsplatz inne, kommt es darauf an, ob er die dort an ihn gestellten gesundheitlichen Anforderungen noch erfüllen kann. Verliert er den Arbeitsplatz, bleibt die frühere Tätigkeit als Bezugspunkt erhalten; allerdings sind nicht mehr die konkreten Verhältnisse am früheren Arbeitsplatz maßgebend, sondern es ist nunmehr abstrakt auf die Art der zuletzt ausgeübten Beschäftigung abzustellen. Der Versicherte darf dann auf gleich oder ähnlich geartete Tätigkeiten "verwiesen" werden, wobei aber der Kreis möglicher Verweisungstätigkeiten entsprechend der Funktion des Krankengeldes eng zu ziehen ist (Senatsurteil vom 8. Februar 2000 - [BSGE 85, 271, 273](#) = [SozR 3-2500 § 49 Nr 4](#) S 12 f; ebenso Senatsurteil vom 14. Februar 2001 - [SozR 3-2500 § 44 Nr 9](#) S 22 f).

Der jetzige Fall wirft die Frage auf, ob die Beschränkung auf eine der bisherigen vergleichbare Tätigkeit auch dann gilt, wenn die unter den Begriff der Arbeitsunfähigkeit zu subsumierende Leistungsminderung erst zu einem Zeitpunkt eintritt, zu dem der Versicherte seinen Arbeitsplatz verloren und über einen längeren Zeitraum Leistungen der Arbeitslosenversicherung bezogen hat. Wie das LSG unangegriffen und somit für das Revisionsverfahren bindend ([§ 163](#) Sozialgerichtsgesetz - SGG) festgestellt hat, war die Klägerin auch ab dem 16. März 1998 gesundheitlich nicht mehr in der Lage, als Gartenarbeiterin oder in einer vergleichbaren Tätigkeit zu arbeiten, während sie an leichten Tätigkeiten in wechselnder Körperhaltung nicht gehindert war. Demnach wäre sie als arbeitsunfähig zu beurteilen, wenn der inzwischen aufgegebene Beruf weiter maßgebend wäre. Käme es demgegenüber nicht mehr auf die besonderen Anforderungen der früheren Tätigkeit der Klägerin an, hätte die Beklagte sie zu Recht als arbeitsfähig behandelt und ihr die Weitergewährung von Krankengeld versagt.

Für die Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit der Klägerin ist nicht auf die Beschäftigung als Gartenarbeiterin abzustellen, denn die Klägerin war zwischenzeitlich nicht als Beschäftigte, sondern über einen längeren Zeitraum als Bezieherin von Arbeitslosengeld krankenversichert. Diese zwischenzeitliche anderweitige Versicherung hätte nach der früheren, unter der Reichsversicherungsordnung (RVO) entwickelten Rechtsprechung allerdings nicht unbedingt dazu geführt, dass die Arbeitsfähigkeit ohne Rücksicht auf den früher ausgeübten Beruf zu prüfen und der spezifisch krankenversicherungsrechtliche "Berufsschutz" zu verneinen gewesen wäre. Denn nach dem Konzept der "Einheit des Versicherungsfalls" konnte der rechtliche Bezug zum früheren Beruf während einer Erkrankung grundsätzlich nur dadurch verloren gehen, dass sich der Versicherte einem anderen Beruf zuwandte, indem er eine neue Tätigkeit tatsächlich aufnahm (vgl BSG [SozR 4100 § 158 Nr 6](#) S 6 f mwN; BSG vom 27. Februar 1984 - [3 RK 8/83](#) - USK 8415).

Diese Rechtsprechung ist seit dem 1. Januar 1989 durch das SGB V überholt, denn nach den darin getroffenen Regelungen wird der Umfang des Versicherungsschutzes aus dem jeweils konkret bestehenden Versicherungsverhältnis abgeleitet. Ein früheres Versicherungsverhältnis vermag nur unter engen Voraussetzungen und nur für eng begrenzte Zeiträume Versicherungsansprüche zu begründen. Nach [§ 19 Abs 1 SGB V](#) erlischt der Anspruch auf Leistungen grundsätzlich mit dem Ende der Mitgliedschaft. Nur wenn vorher eine Pflichtmitgliedschaft

bestand und nach deren Ende keine Erwerbstätigkeit ausgeübt wird, erlaubt [§ 19 Abs 2 SGB V](#) noch Leistungsansprüche aus der früheren Versicherung, die aber auf längstens einen Monat begrenzt sind (zu deren Subsidiarität vgl [BSGE 89, 254 = SozR 3-2500 § 19 Nr 5](#)). Dass es für die Begründung von Leistungsansprüchen auf die Art der Versicherung und nicht auf das Bestehen einer Versicherung an sich ankommt, unterstreicht [§ 48 Abs 2 SGB V](#), wonach in einer neuen Rahmenfrist ein Krankengeldanspruch wegen der bisherigen Krankheit nur entstehen kann, wenn der Versicherte aktuell mit Anspruch auf Krankengeld versichert ist.

Die darin zum Ausdruck gekommene gesetzgeberische Wertung steht gleichzeitig einem Verständnis entgegen, das die Mitgliedschaft nur dann als beendet im Sinne des [§ 19 Abs 1](#) und 2 SGB V ansieht, wenn die Eigenschaft als gesetzlich Krankenversicherter ganz entfällt (in dieser Richtung jedoch Schmidt in Peters, Handbuch der KV, Stand Oktober 2001, vor § 27 RdNr 90 f, außer beim Übergang in die Familienversicherung). Abgesehen davon, dass diese Auffassung mit der Rechtsprechung des Senats zum Kassenwechsel nicht in Einklang zu bringen wäre ([BSGE 89, 86](#), 87 f = [SozR 3-2500 § 19 Nr 4](#) S 18 f), ergibt schon der Wortlaut von [§ 19 Abs 2 SGB V](#), dass das Gesetz den Übergang in die freiwillige Mitgliedschaft als einen Fall der Beendigung iS von [§ 19 Abs 1 SGB V](#) ansieht; dann würde es nicht einleuchten, wenn der Wechsel in ein neues Pflichtversicherungsverhältnis anders zu behandeln wäre, zumal gerade dieser mit einem obligatorischen Kassenwechsel verbunden sein kann. Infolgedessen kann bei der Frage, an welcher Tätigkeit die Einsatzfähigkeit des Versicherten zu messen ist, wenn über seine Arbeitsfähigkeit oder -unfähigkeit entschieden werden muss, ebenso wie bei den Leistungsansprüchen als solchen (vgl dazu nochmals [BSGE 89, 86](#), 87 = [SozR 3-2500 § 19 Nr 4](#) S 18) immer nur vom jeweils aktuellen Versicherungsverhältnis ausgegangen werden.

Als Ausnahme bedarf die Aufrechterhaltung des krankenversicherungsrechtlichen Berufsschutzes über das Ende der Erwerbstätigkeit hinaus im neuen Recht einer besonderen Rechtfertigung. Beim arbeitslosen Versicherten, der schon während des Beschäftigungsverhältnisses die Arbeitsfähigkeit für diese Beschäftigung verloren und einen Anspruch auf Krankengeld erlangt hat, liegt diese Rechtfertigung darin, dass die Beschäftigtenversicherung nach [§ 192 Abs 1 Nr 2 SGB V](#) über das Ende des Beschäftigungsverhältnisses hinaus als fortbestehend gilt. Insoweit unterstellt das Gesetz, dass der Versicherte durch die fortbestehende Arbeitsunfähigkeit an der Aufnahme einer seinem bisherigen Beruf vergleichbaren Tätigkeit gehindert ist. Ähnlich wäre im Falle eines nachgehenden Anspruchs nach [§ 19 Abs 2 SGB V](#) zu entscheiden, denn dabei handelt es sich um einen Anspruch aus der Beschäftigtenversicherung, wie der Senat inzwischen geklärt hat ([BSGE 89, 254 = SozR 3-2500 § 19 Nr 5](#)). Greifen Gesichtspunkte dieser Art nicht ein, kann ein Krankengeldanspruch nicht unter Berufung auf eine früher einmal ausgeübte Tätigkeit begründet werden, denn der auf diese Tätigkeit bezogene Versicherungsschutz ist weggefallen. Soweit frühere Rechtsprechung des Senats zum SGB V eine andere Auslegung zulassen sollte (etwa im Wege des Gegenschlusses aus den Urteilen BSG [SozR 3-2500 § 48 Nr 5](#) und [BSGE 73, 121 = SozR 3-4100 § 158 Nr 1](#)), wird sie nicht aufrechterhalten.

Nach Beendigung ihres Beschäftigungsverhältnisses als Gartenarbeiterin war die Klägerin über längere Zeit als Bezieherin von Leistungen der Arbeitslosenversicherung krankenversichert; ihr Berufsschutz iS einer auf bestimmte Tätigkeiten beschränkten Prüfung der Einsatzfähigkeit im Arbeitsleben könnte sich demnach nur aus dem Versicherungsschutz nach [§ 5 Abs 1 Nr 2 SGB V](#) in der sog "Krankenversicherung der Arbeitslosen" (KVdA) ergeben.

Ob die KVdA in den ersten sechs Monaten des Leistungsbezugs den Berufsschutz aus der vorherigen Beschäftigtenversicherung faktisch aufrechterhält, weil die Prüfung der Arbeitsunfähigkeit auf Grund vergleichbarer Merkmale im Zweifel zum selben Ergebnis gelangt wie während der Berufsausübung, oder ob sie vorübergehend einen - möglicherweise auch zeitlich abgestuften - eigenständigen Berufsschutz begründet, braucht der Senat nicht zu entscheiden. Jedenfalls kann der Versicherte nicht als arbeitsunfähig beurteilt werden, wenn er nach mehr als sechsmonatiger Mitgliedschaft in der KVdA erkrankt, die Krankheit ihn jedoch von der Vermittlung eines leistungsgerechten Arbeitsplatzes nicht ausschließt. Denn nach den Vorschriften über den Krankengeldanspruch in der KVdA darf er seine Verfügbarkeit nicht weiter einschränken als dies durch seinen Gesundheitszustand gerechtfertigt ist.

Die KVdA kann schon deshalb nicht ohne Weiteres denselben Berufsschutz wie die Beschäftigtenversicherung vermitteln, weil sie nicht an einer versicherungspflichtigen Tätigkeit anknüpft, die auf einem bestimmten Arbeitsplatz verrichtet wird, sondern auf dem Leistungsbezug als Arbeitsloser beruht. Trotzdem setzt der auch einem Arbeitslosengeld- oder Arbeitslosenhilfebezieher grundsätzlich zustehende Anspruch auf Krankengeld voraus, dass der Versicherte "arbeitsunfähig" ist. Das gilt auch für den gegen die Bundesanstalt für Arbeit gerichteten Anspruch auf Leistungsfortzahlung nach [§ 126 SGB III](#) (früher § 105b Arbeitsförderungsgesetz - AFG), der den Krankengeldanspruch in den ersten sechs Wochen der Arbeitsunfähigkeit verdrängt, weil insoweit durch [§ 49 Abs 1 Nr 3a SGB V](#) dessen Ruhen angeordnet ist (zu entsprechenden früheren Regelungen vgl BSG vom 15. Dezember 1993 - [1 RK 20/93](#) - USK 93103 = EEK I/1157; BSG [SozR 4100 § 105b Nr 3 S 9](#); [BSGE 61, 193 = SozR 2200 § 183 Nr 52](#)). Da die KVdA den Leistungsbezug und dieser die Vermittelbarkeit des Versicherten voraussetzt, hat die bisherige Rechtsprechung zu § 105b AFG den Versicherten als arbeitsunfähig angesehen, wenn er aus gesundheitlichen Gründen der Arbeitsvermittlung (objektiv) nicht zur Verfügung stand (vgl BSG [SozR 4100 § 105b Nr 4 S 19](#); BSG [SozR 3-4100 § 105b Nr 2 S 6](#); so auch Gagel/Winkler, SGB III Stand: März 2002, § 126 RdNr 5). Diese Rechtsprechung wird durch den erkennbaren Zweck des Krankengeldanspruchs innerhalb der KVdA bestätigt: Deren Mitglieder benötigen einen Versicherungsschutz mit Krankengeld ausschließlich für den Fall, dass sie die Geldleistung der Arbeitslosenversicherung aus Krankheitsgründen nicht mehr erhalten können. Da diese so lange zu zahlen ist, wie der Arbeitslose für eine Vermittlung in eine neue Tätigkeit zur Verfügung steht, kann ein Schutzbedürfnis nicht schon dann angenommen werden, wenn die Einsatzfähigkeit im früheren Beruf, sondern erst dann, wenn die Vermittelbarkeit krankheitsbedingt aufgehoben ist. Das Krankengeld stellt sich in der KVdA nicht als Ersatz für Lohnausfall, sondern als Ersatz für eine entgehende Leistung wegen Arbeitslosigkeit dar.

Ob diese Auffassung bedeutet, dass sich der krankenversicherungsrechtliche Berufsschutz in der KVdA ebenfalls nach den Regeln der arbeitslosenversicherungsrechtlichen Verfügbarkeit bestimmt, ist bisher nicht geklärt und braucht hier - wie bereits angedeutet - nicht abschließend geklärt zu werden. Der für das Arbeitslosenversicherungsrecht in [§ 119 Abs 2 und Abs 4 SGB III](#) definierte bzw im früheren Recht im Begriff der Verfügbarkeit unselbstständig enthaltene (vgl § 103 Abs 1 Satz 1 Nr 1 AFG) Begriff der Arbeitsfähigkeit dient dort vor allem als Grundlage für die Überprüfung der Arbeitsbereitschaft oder subjektiven Verfügbarkeit; in diesen systematischen Zusammenhang gehören die Zumutbarkeitsregeln des [§ 121 SGB III](#). Der Gegenschluss von der Arbeitsfähigkeit in diesem Sinne auf den krankenversicherungsrechtlichen Begriff der Arbeitsunfähigkeit ist deshalb problematisch. Das wird etwa daran deutlich, dass [§ 126 Abs 3 SGB III](#) neben dem Begriff der Arbeitsunfähigkeit auch wegen anderer Anspruchselemente auf das Krankenversicherungsrecht verweist. Außerdem enthält [§ 121 SGB III](#) eine Reihe von Bestimmungen, die außerhalb eines konkreten Arbeitsangebots keinen Sinn haben und daher bei der Prüfung der Arbeitsunfähigkeit nicht einschlägig sein können - so, wenn in [§ 121 Abs 2 SGB III](#) von gesetz- oder

tarifvertragswidrigen Arbeitsbedingungen oder in Absatz 4 von den zumutbaren Pendelzeiten oder schließlich in Absatz 5 von befristeten Beschäftigungen die Rede ist. Dazu gehört auch die Erwähnung der "mit der Beschäftigung zusammenhängenden Aufwendungen" bei der Ermittlung des Nettoeinkommens in [§ 121 Abs 3 Satz 3 SGB III](#). Obwohl es beim Krankenversicherungsrechtlichen Berufsschutz und im Rahmen des [§ 121 SGB III](#) übereinstimmend um das Merkmal der zumutbaren Tätigkeit geht, ist infolgedessen fraglich, ob die in Absatz 3 Satz 2 und 3 der Vorschrift auf die Prüfung der Arbeitsbereitschaft des Versicherten anhand eines Arbeitsangebots zielenden Verdienstgrenzen im Zusammenhang mit einer Prüfung der Arbeitsunfähigkeit ein sinnvolles Abgrenzungskriterium darstellen. Trotz einer gewissen Parallele zur früheren Rechtsprechung im Krankenversicherungsrecht, die ebenfalls an der hinzunehmenden Lohnminderung anknüpfte ([BSGE 61, 66](#), 72 f = [SozR 2200 § 182 Nr 104](#) S 227 f), muss überdies an der Praktikabilität dieses Merkmals und der Aussagekraft für die konkrete Situation des Versicherten gezweifelt werden, wenn eine gesundheitliche Leistungsminderung losgelöst von einem konkreten Arbeitsplatz mit einer Verdienstminderung in Beziehung gesetzt werden soll.

Die dargelegten Schwierigkeiten für die Prüfung der Arbeitsunfähigkeit in der KVdA können auf sich beruhen, soweit es um die ersten sechs Monate der Arbeitslosigkeit geht. Obwohl ihre Bedeutung nicht zu unterschätzen ist, sind sie nach Auffassung des Senats allerdings nicht dadurch zu lösen, dass der Versicherte - wie vom LSG angenommen - gleichzeitig arbeitslosenversicherungsrechtlich als arbeitsfähig und krankenversicherungsrechtlich als arbeitsunfähig angesehen werden kann. Dadurch würden die angedeuteten Widersprüche nur umgangen und auf eine andere Ebene verschoben. Unabhängig davon, wie die oben genannten Vorschriften an der Nahtstelle zwischen Arbeitslosenversicherungs- und Krankenversicherungsrecht letztlich auszulegen sind, bietet jedenfalls [§ 121 Abs 3 Satz 3 SGB III](#) ab dem siebten Monat des Leistungsbezugs bereits rein faktisch keine Handhabe mehr, dem Versicherten eine über die gesundheitliche Leistungsminderung hinausgehende Einschränkung der Verfügbarkeit zuzugestehen. Eine gesundheitlich zumutbare Tätigkeit mit einem niedrigeren Netto-Verdienst als dem Betrag der Leistung wegen Arbeitslosigkeit ist praktisch nur denkbar, wenn es sich um eine Tätigkeit handelt, deren Arbeitszeit im Vergleich zum früheren Arbeitsplatz herabgesetzt ist; eine solche zeitliche Leistungsbeschränkung lässt sich aber ihrerseits nur mit der Erkrankung und nicht mit dem Gesichtspunkt des Berufsschutzes begründen. Deshalb kann dieser ab dem siebten Monat der KVdA auch dann keine Rolle mehr spielen, wenn man ihn im Übrigen mit Hilfe der arbeitslosenversicherungsrechtlichen Zumutbarkeitskriterien als konkretisierbar ansieht. Außerdem greift hier der Einwand in besonderem Maße, dass die Ermittlung der Verdienstmöglichkeiten und deren Vergleich mit der Höhe des zu zahlenden Krankengeldes (vgl [§ 47b Abs 1 Satz 1 SGB V](#)) lediglich anhand von Durchschnitts- oder Tariflöhnen und der vorgeschriebene Abzug für beschäftigungsbedingte Aufwendungen allenfalls im Wege einer Pauschale möglich wären. Schlussfolgerungen hinsichtlich der objektiven Vermittelbarkeit des konkret betroffenen Versicherten könnten kaum gezogen werden. Im zeitlichen Anwendungsbereich des [§ 121 Abs 3 Satz 3 SGB III](#) ist die Arbeitsunfähigkeit daher ausschließlich nach der gesundheitlichen Leistungsfähigkeit zu bestimmen, sodass sich die Klägerin gegenüber der ihr gesundheitlich zumutbaren leichten vollschichtigen Tätigkeit auf einen Berufsschutz als Gartenarbeiterin nicht berufen kann.

An die ursprüngliche Beschäftigung als Gartenarbeiterin kann schließlich auch mit Rücksicht auf einen denkbaren früheren - in die Zeit der Beschäftigung zurückreichenden - Beginn der Arbeitsunfähigkeit oder der dazu führenden Krankheit nicht angeknüpft werden. Selbst wenn entsprechende Feststellungen getroffen werden könnten, wäre dadurch der Verlust des Berufsschutzes nach über sechsmonatiger Zugehörigkeit zur KVdA nicht in Frage gestellt.

Der Wechsel von der Beschäftigtenversicherung zu einem Versicherungsverhältnis ohne Berufsschutz lässt diesen grundsätzlich entfallen - unabhängig davon, ob der Versicherte zu diesem Zeitpunkt "eigentlich" bereits als arbeitsunfähig anzusehen wäre. Voraussetzung für die Aufrechterhaltung der Beschäftigtenversicherung ist nach [§ 192 Abs 1 Nr 2 SGB V](#) nicht das Vorliegen von Arbeitsunfähigkeit, sondern ein Anspruch auf Krankengeld; dieser setzt neben Arbeitsunfähigkeit nach [§ 46 Satz 1 SGB V](#) in der hier einschlägigen Alternative deren ärztliche Feststellung voraus. Ohne (vertrags-) ärztliche Feststellung kann nach dieser Vorschrift kein Anspruch entstehen. Damit sollen Missbrauch und praktische Schwierigkeiten vermieden werden, zu denen nachträgliche Behauptungen und rückwirkende Bescheinigungen beitragen könnten (vgl [BSGE 24, 278](#) = SozR Nr 16 zu § 182 RVO mwN zur Entstehungsgeschichte der im SGB V insoweit unveränderten Bestimmung; [BSGE 26, 111](#) = SozR Nr 19 zu § 182 RVO). Diese Gründe stehen auch einer Zurückverlegung des Berufsschutzes auf den Zeitpunkt des "wirklichen" Beginns der Arbeitsunfähigkeit entgegen. Denn die gewonnene Rechtssicherheit für den Beginn des Anspruchs würde in den Fällen eines möglichen Berufsschutzes wieder zunichte, wenn deshalb über den genauen Krankheitsverlauf gestritten werden könnte.

Die Gegenmeinung des LSG Baden-Württemberg (Urteil vom 12. Dezember 1997 - [L 4 Kr 1128/95](#) - EzS 90/211 = E-LSG KR-140) überzeugt den Senat nicht. Für das Verständnis von [§ 46 SGB V](#) als Vorschrift über den Zahlungsanspruch, während der "Grundanspruch" bereits durch den Eintritt der Arbeitsunfähigkeit entstehe, bietet das Gesetz keinen Anhalt, wie sich bereits aus dem Begriff der "Anspruchsentstehung" ergibt. Vor allem trifft auch nicht zu, dass dem Versicherten andernfalls Ansprüche ganz entgehen können, wenn er seine Arbeitsunfähigkeit beispielsweise erst nach Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses feststellen lässt: Er hat entweder vorher das Arbeitsamt aufgesucht und dort Leistungen beantragt, sodass er Leistungsfortzahlung erhält, oder ihm steht ein nachgehender Anspruch nach [§ 19 Abs 2 SGB V](#) zu.

Freilich kann nicht bestritten werden, dass sich die wortlautgetreue Anwendung von [§ 46 SGB V](#) für den Versicherten in der Regel ungünstig auswirkt. Der Senat sieht es aber als Widerspruch zur gesetzlichen Wertung, wenn die zeitliche Begrenzung des nachgehenden Anspruchs auf einen Monat mit dem Hinweis darauf unterlaufen werden könnte, dass ein einzelnes Anspruchselement in die Zeit des Versicherungsverhältnisses zurückreicht. Die in [§ 19 Abs 1 SGB V](#) niedergelegte Entscheidung des Gesetzgebers, mit der Beendigung des Versicherungsverhältnisses alle daraus abzuleitenden Ansprüche erlöschen zu lassen, lässt auch eine Entstehung von Ansprüchen nach dem Versicherungsende nicht zu (vgl für die Fälle des Kassenwechsels nochmals [BSGE 89, 86](#), 87 = [SozR 3-2500 § 19 Nr 4](#) S 18). Die faktische Benachteiligung von Versicherten, die ihre Krankheit zunächst ohne Feststellung von Arbeitsunfähigkeit zu überwinden suchen, muss ebenfalls hingenommen werden, denn sie hängt mit den zwangsläufigen Schwierigkeiten der genauen Ermittlung der Leistungsfähigkeit bei allmählicher Krankheitsverschlimmerung zusammen. Die dadurch bedingten Unzuträglichkeiten im Grenzfall lassen sich nicht dadurch vermeiden, dass die in jedem Fall gebotene Stichtagsregelung auf ein anderes, aber im Grenzfall ebenso wenig präzise zu ermittelndes Ereignis wie den "wirklichen" Beginn der Arbeitsunfähigkeit oder den Beginn der den Versicherten arbeitsunfähig machenden Erkrankung angewandt wird.

Daneben ist einzuräumen, dass in Rechtsprechung und Literatur regelmäßig vom "Eintritt der Arbeitsunfähigkeit" als dem maßgeblichen Zeitpunkt für die Begründung des Anspruchs die Rede ist, ohne dass ausdrücklich geklärt wird, ob die "festgestellte" oder die "wirkliche" Arbeitsunfähigkeit gemeint ist (stellvertretend: RVA AN 1943, 145; [BSGE 45, 126](#) = [SozR 2200 § 182 Nr 26](#); Höfler in Kasseler Komm [§ 44](#)

[SGB V](#), RdNr 6 f und die dort genannte Rechtsprechung; Schmidt in Peters, Handbuch der KV, Stand Oktober 2001, [§ 44 SGB V](#), RdNr 35). Da der Versicherte offenbar in keiner der in diesem Zusammenhang erörterten Entscheidungen einen früheren als den ärztlich festgestellten Beginn der Arbeitsunfähigkeit geltend gemacht hatte, wird mit der vereinfachten Ausdrucksweise der Sachverhalt regelmäßig zutreffend umschrieben, ohne dass daraus auf eine andere Rechtsauffassung zur Bedeutung der ärztlichen Feststellung geschlossen werden könnte. Das gilt auch für die entsprechende Verallgemeinerung des Regelfalls im Gesetzeswortlaut. In der KVdA ordnet [§ 47b Abs 1 Satz 2 SGB V](#) (früher [§ 158 Abs 1 Satz 2 AFG](#)) die Gewährung von Krankengeld vom ersten Tag der Arbeitsunfähigkeit an. Mit Rücksicht auf [§ 46 Satz 1 Nr 2 SGB V](#) ist dieser Bestimmung dennoch nicht zu entnehmen, dass es - anders als bei allen anderen Krankenversicherungsverhältnissen - insoweit auf den wirklichen Beginn der Arbeitsunfähigkeit und nicht auf die ärztliche Feststellung ankommen soll.

Dieselben Argumente stehen der Berücksichtigung des Beginns der Erkrankung als dem für den Berufsschutz maßgeblichen Zeitpunkt entgegen. Für die anders lautende Auffassung des LSG Rheinland-Pfalz im Urteil vom 7. Juni 2001 ([L 5 KR 67/00](#), dazu Revisionsverfahren [B 1 KR 32/01 R](#) mit Senatsurteil vom 19. September 2002) kann die bisherige Rechtsprechung des BSG nicht herangezogen werden. Das LSG Rheinland-Pfalz bezieht sich auf die schon erwähnten Entscheidungen des 7. Senats des BSG vom 25. Juli 1985 (BSG [SozR 4100 § 105b Nr 4](#)) und des erkennenden Senats vom 28. September 1993 ([BSGE 73, 121 = SozR 3-4100 § 158 Nr 1](#)) und vom 3. November 1993 (BSG [SozR 3-2500 § 48 Nr 5](#)), in denen zwischen dem Beginn der Erkrankung und dem Zeitpunkt der Arbeitsunfähigkeitsfeststellung jedoch nicht differenziert wird. Selbst auf der Grundlage der "Lehre von der Einheit des Versicherungsfalls" hätte die frühere Rechtsprechung die Arbeitsunfähigkeit nicht am Maßstab derjenigen Tätigkeit geprüft, die der Versicherte zu Beginn der Erkrankung ausgeübt hatte. Denn von der damaligen Lehre wurden gerade für die Anspruchshöhe und für einzelne Anspruchselemente schon sehr früh Ausnahmen gemacht und nicht auf den Zeitpunkt des Versicherungsfalls der Krankheit, sondern auf den Zeitpunkt des Leistungsfalls abgestellt. Das galt zunächst für das bei der Höhe des Krankengeldes zu berücksichtigende Arbeitsentgelt (RVA AN 1943, 145 sowie stellvertretend BSGE 5, 283, 286 f), wurde aber auch für die Bezugstätigkeit bei der Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit angenommen (RVA aaO; BSGE 5, 283, 287 f; [BSGE 32, 18, 20 f = SozR Nr 40 zu § 182 RVO](#)). Auch wenn es dabei entsprechend dem früheren Denkansatz regelmäßig nicht um den Verlust des Berufsschutzes wegen eines anderen Versicherungstatbestands, sondern wegen einer Zwischenbeschäftigung ging, ist diesen Beispielen zu entnehmen, dass auch die Lehre von der Einheit des Versicherungsfalls nicht dazu zwingen würde, bei der Frage des Berufsschutzes auf einen anderen Zeitpunkt als denjenigen der Anspruchsentstehung abzustellen. Deshalb ist grundsätzlich der Versicherungsschutz maßgebend, der zum Zeitpunkt der ärztlichen Feststellung der Arbeitsunfähigkeit besteht.

Davon ist nur unter engen Voraussetzungen eine Ausnahme zu machen. Das Gesetz geht grundsätzlich davon aus, dass der in seiner Arbeitsfähigkeit betroffene Versicherte selbst die notwendigen Schritte unternimmt, um eine mögliche Arbeitsunfähigkeit feststellen zu lassen und seine Ansprüche zu wahren. Deshalb kann ein Versicherter, der das Ende der bescheinigten Arbeitsunfähigkeit akzeptiert und über Monate hinweg Leistungen wegen Arbeitslosigkeit bezieht, die er bei Arbeitsunfähigkeit nicht erhalten dürfte, mit der nachträglichen Behauptung, er sei die ganze Zeit über zu Unrecht als arbeitslos statt als arbeitsunfähig behandelt worden, nicht mehr gehört werden. Die fehlende Feststellung oder Meldung der Arbeitsunfähigkeit kann ihm nur dann ausnahmsweise nicht entgegengehalten werden, wenn er seinerseits alles in seiner Macht Stehende getan hat, um seine Ansprüche zu wahren, daran aber durch eine von der Krankenkasse zu vertretende Fehlentscheidung gehindert wird (vgl. Senatsurteil vom 8. Februar 2000 - [BSGE 85, 271, 276 f = SozR 3-2500 § 49 Nr 4 S 16 f](#)). Damit hat der Senat auf Grundsätze zurückgegriffen, die schon zum alten Recht entwickelt worden waren und durch das SGB V nicht überholt sind (erstmalig wohl [BSGE 25, 76 = SozR Nr 18 zu § 182 RVO](#); [BSGE 54, 62 = SozR 2200 § 182 Nr 84](#); Schmidt in Peters, Handbuch der KV, Stand Oktober 2001, [§ 46 SGB V](#) RdNr 33 mwN).

Auf den Fall der Klägerin gewendet, bedeutet dies, dass eine auf den Beruf als Gartenarbeiterin bezogene Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit allenfalls Platz greifen könnte, wenn der Wechsel zur KVdA im Mai 1996 von der Krankenkasse rechtswidrig veranlasst worden wäre, denn dann hätte er nicht zum Verlust eines in Wahrheit zustehenden Schutzes aus der Beschäftigtenversicherung führen dürfen. Der vom LSG festgestellte Sachverhalt bietet jedoch keinerlei Anhalt dafür, dass sich die Beklagte in diesem Zusammenhang rechtswidrig verhalten habe und deshalb für den Verlust des Berufsschutzes der Klägerin in irgendeiner Form verantwortlich sein könnte. Dem Vorbringen der Klägerin im Gerichtsverfahren sind ebenfalls keine Hinweise in dieser Richtung zu entnehmen. Im Übrigen ist anzumerken, dass die Überbrückung der fast zweijährigen Lücke vom Mai 1996 bis zum März 1998 durch einen Krankengeldanspruch schon deshalb kaum möglich gewesen wäre, weil dieser Anspruch nach spätestens 78 Wochen erschöpft gewesen wäre, es sei denn, die Lage im ersten und zweiten Dreijahreszeitraum hätte ausnahmsweise eine längere Bezugszeit erlaubt.

Da das LSG den Anspruch zu Unrecht zugesprochen hat, ist das Berufungsurteil aufzuheben und durch Zurückweisung der Berufung der Klägerin der Gerichtsbescheid des Sozialgerichts wiederherzustellen.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#).

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2003-08-19