

B 1 KR 9/06 R

Land
Bundesrepublik Deutschland
Sozialgericht
Bundessozialgericht
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung

1
1. Instanz
SG Berlin (BRB)
Aktenzeichen
S 75 KR 4408/00

Datum
12.04.2002
2. Instanz
LSG Berlin-Brandenburg
Aktenzeichen
L 9 KR 90/02

Datum
22.03.2006
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
B 1 KR 9/06 R
Datum

14.12.2006
Kategorie
Urteil
Leitsätze

1. Wechselt ein Arbeitnehmer aus einem entgeltlichen Beschäftigungsverhältnis in "Kurzarbeit Null" bei einer Auffanggesellschaft, um "Struktur-Kurzarbeitergeld" zu erhalten, entsteht ein neues Pflichtversicherungsverhältnis, zumindest aber ändert sich das bisherige Versicherungsverhältnis wesentlich.

2. Beziehen Versicherte bei "Kurzarbeit Null" in einer Auffanggesellschaft "Struktur-Kurzarbeitergeld", bemisst sich hiernach das Regelentgelt für die Krankengeldberechnung.

Auf die Revision der Beklagten werden die Urteile des Landessozialgerichts Berlin-Brandenburg vom 22. März 2006 und des Sozialgerichts Berlin vom 12. April 2002 aufgehoben. Die Klage wird abgewiesen. Kosten sind in allen Rechtszügen nicht zu erstatten.

Gründe:

I

1

Die Beteiligten streiten über die Höhe des Krankengeldes (Krg).

2

Die 1960 geborene Klägerin, bei der beklagten Krankenkasse versichert, war bis Ende September 1999 als Projektantin im Kraftwerksbau für die B. GmbH (im Folgenden: B GmbH) gegen ein Bruttoentgelt von 6.643,00 DM beschäftigt. Bei der B GmbH kam es zu einer Umstrukturierung mit erheblichem Personalabbau, von dem auch die Klägerin betroffen war. Im Rahmen eines Gesamtplanes kündigte die Klägerin das Anstellungsverhältnis zum Ende September 1999. Zugleich vereinbarte sie mit der "G. Gesellschaft mbH" (im Folgenden: G. GmbH), einer sog Auffanggesellschaft, ein für die Zeit vom 1. Oktober 1999 bis 30. September 2000 befristetes Anstellungsverhältnis, um sich zu qualifizieren und weiterzubilden. Die Bedingungen der "Strukturkurzarbeit Null" gemäß [§ 175](#) des Dritten Buches Sozialgesetzbuch (SGB III) aF (inzwischen: [§ 216b SGB III](#)) sollten gelten. Als Gehalt wurde die Zahlung von Kurzarbeitergeld (Kug) auf der Basis "einer Bemessungsgrundlage eines monatlichen Bruttoarbeitsentgelts von 6.643,00 DM" vereinbart. Die G. GmbH meldete die Klägerin der Beklagten als Pflichtversicherte ab 1. Oktober 1999. Wegen Arbeitsunfähigkeit (AU) erhielt die Klägerin vom 5. Oktober bis 9. Dezember 1999 Entgeltfortzahlung in Höhe des Kug, sodann bis 21. Juni 2000 Krg, anschließend bis 13. Juli 2000 wegen Teilnahme an einer Rehabilitationsmaßnahme vom Rentenversicherungsträger Übergangsgeld. Ab 14. Juli 2000 bezog die Klägerin Kug. Da die Klägerin vom 10. August bis 26. September 2000 krankheitsbedingt erneut arbeitsunfähig war, gewährte ihr die Beklagte ab 11. August 2000 Krg in Höhe von kalendertäglich 94,21 DM, einem Dreißigstel des monatlichen Kug von 2.826,26 DM. Sie lehnte es aber ab, das zuletzt bis Ende September 1999 bezogene Arbeitsentgelt der Berechnung zugrunde zu legen (Bescheid vom 28. September 2000; Widerspruchsbescheid vom 21. November 2000).

3

Das Sozialgericht (SG) hat die Beklagte verurteilt, der Klägerin für die Zeit vom 11. August 2000 bis 26. September 2000 Krg unter Zugrundelegung eines Regelentgelts in Höhe von 6.643,00 DM brutto zu gewähren (Urteil vom 12. April 2002). Das Landessozialgericht (LSG) hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen: Die Maßgeblichkeit des Arbeitsentgelts der B GmbH für die Krg-Berechnung ergebe sich aus [§ 47b Abs 3](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V) (Urteil vom 22. März 2006).

4

Mit ihrer Revision rügt die Beklagte die Verletzung der §§ 19, 47 und 47b SGB V. Schon nach der Wortwahl des Gesetzes sei bei der Berechnung des Regelentgelts nur das zuletzt abgerechnete Arbeitsentgelt maßgebend, auf das ein Anspruch bestanden habe und das der Beitragsbemessung unterliege. Das könne nur das Kug sein. Gesetzessystematisch müssten die Bezieher von "Kug Null" wie Bezieher von Unterhaltsgeld behandelt werden und Krg in Höhe von "Kug Null" erhalten. Es entspreche der Funktion des Krg, lediglich den durch AU bedingten Lohnausfall zu kompensieren. Damit sei es unvereinbar, durch Auslegung des § 47b SGB V zu einer Krg-Höhe zu gelangen, die den Lohn eines Gesunden übersteige.

5

Die Beklagte beantragt, die Urteile des Landessozialgerichts Berlin-Brandenburg vom 22. März 2006 und des Sozialgerichts Berlin vom 12. April 2002 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

6

Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

7

Sie hält die angefochtene Entscheidung für zutreffend.

II

8

Die zulässige Revision der Beklagten ist begründet. Die Urteile des LSG und des SG sind aufzuheben und die Klage ist abzuweisen. Zutreffend hat die Beklagte für die Berechnung der Höhe des Krg das von der Klägerin bezogene Kug zugrunde gelegt. Höheres Krg kann die Klägerin nicht beanspruchen.

9

Höhe und Berechnung des Krg ergeben sich grundsätzlich aus § 47 SGB V, hier anzuwenden in der ab dem 22. Juni 2000 geltenden, Einmalzahlungen einbeziehenden Fassung (Art 2 Nr 1 des Gesetzes vom 21. Dezember 2000, BGBl I 1971). Zu Recht besteht zwischen den Beteiligten kein Streit darüber, dass höheres Krg nur in Betracht kommt, wenn die Beklagte es nicht entsprechend der Höhe des gezahlten Kug berechnen durfte, sondern das zuletzt vor Eintritt der AU von der B GmbH für September 1999 abgerechnete höhere Arbeitsentgelt als Regelentgelt hätte berücksichtigen müssen. Das ist aber nicht der Fall. Die Beklagte hat vielmehr rechtmäßig die seit Oktober 1999 geltenden Verhältnisse zugrunde gelegt (dazu 1.), nach denen die Klägerin nach § 5 Abs 1 Nr 1 SGB V pflichtversichert war (dazu 2.). Die Beklagte durfte sogar das Krg nach § 47 SGB V an Stelle analoger Anwendung von § 47b Abs 1 SGB V berechnen und dabei für das Regelentgelt an das im Monat November 1999 im Rahmen der Entgeltfortzahlung gewährte Arbeitsentgelt anknüpfen (dazu 3.). Auf die Ausnahmeregelung des § 47b Abs 3 SGB V kann sich die Klägerin dagegen nicht mit Erfolg berufen (dazu 4.). Dieses Auslegungsergebnis steht mit Verfassungsrecht in Einklang (dazu 5.).

10

1. Die Beklagte durfte für die Berechnung des Krg nicht auf das Bruttogehalt abstellen, das die Klägerin bis Ende September 1999 bezog, sondern hatte die seit Oktober 1999 maßgeblichen Verhältnisse zugrunde zu legen. Das folgt daraus, dass generell der Umfang des Versicherungsschutzes nach dem SGB V und speziell der Umfang des Krg-Anspruchs auf dem im Zeitpunkt der Anspruchsentstehung wirksamen Versicherungsverhältnis beruht. Für den Krg-Anspruch ist dabei weder auf den Beginn der Krankheit noch auf den "wirklichen" Beginn der AU, sondern grundsätzlich auf die ärztliche Feststellung der AU abzustellen (vgl zuletzt BSG, Urteil vom 30. Mai 2006 - B 1 KR 19/05 R - RdNr 12, zur Veröffentlichung vorgesehen; BSG SozR 4-2500 § 46 Nr 1 RdNr 14 mwN). Das bei Entstehung des Krg-Anspruchs bestehende Versicherungsverhältnis bestimmt, wer in welchem Umfang als "Versicherter" einen Anspruch auf Krg hat: Gemäß § 44 Abs 1 Satz 1 SGB V haben "Versicherte" Anspruch auf Krg, wenn - abgesehen von den Fällen stationärer Behandlungen - Krankheit sie arbeitsunfähig macht.

11

Dem entspricht es, dass sich der Maßstab für die AU allein aus dem Umfang des Versicherungsschutzes in dem jeweils konkret bestehenden Versicherungsverhältnis ergibt (stRspr, vgl Urteile des erkennenden Senats BSGE 90, 72, 75 = SozR 3-2500 § 44 Nr 10 S 32; BSGE 94, 247 = SozR 4-2500 § 44 Nr 6 jeweils RdNr 5, 24; Urteil vom 4. April 2006 - B 1 KR 21/05 R - zur Veröffentlichung vorgesehen; Urteil vom 30. Mai 2006 - B 1 KR 19/05 R - RdNr 12, mwN). Denn Krg dient der wirtschaftlichen Sicherstellung bei Krankheit und bietet Ersatz für das Entgelt, das dem Versicherten infolge Krankheit entgeht. Deshalb ist wirtschaftlicher Bezugspunkt der AU regelmäßig diejenige Tätigkeit, die der versicherte Arbeitsunfähige ohne Krankheit ausüben würde (BSGE 69, 180, 183 = SozR 3-2200 § 182 Nr 9 S 38 f).

12

Auch der Beitragsbemessung unterliegt nach §§ 223, 226 Abs 1 Satz 1 Nr 1 SGB V das jeweilige kalendertägliche Arbeitsentgelt aus einer versicherungspflichtigen Beschäftigung. Nach Wortlaut und Sinn des Gesetzes kommt es für die Bemessung allein auf das aktuell bestehende Beschäftigungsverhältnis an. Bereits aufgegebene Beschäftigungsverhältnisse spielen keine Rolle mehr (vgl bereits zum früheren Recht der RVO: BSGE 37, 189, 193 = SozR 2200 § 560 Nr 1; zur Gesetzessystematik bezüglich § 19 Abs 1 und 2 SGB V: BSGE 90, 72, 75 = SozR 3-2500 § 44 Nr 10 mwN; umfassend zuletzt BSG, Urteil vom 30. Mai 2006 - B 1 KR 19/05 R - RdNr 14 mwN).

Dementsprechend kann auch der Maßstab für die Berechnung des Krg allein durch das konkret bestehende Versicherungsverhältnis bestimmt werden.

13

Diese Grundsätze gelten auch dann, wenn das bisher bestehende Beschäftigungs- und damit das Versicherungsverhältnis sich so wesentlich geändert hat, dass es wie ein neues Versicherungsverhältnis zu bewerten ist, falls nunmehr AU eintritt. Auch insoweit kann für Leistungsansprüche nur das aktuell bestehende Versicherungsverhältnis maßgeblich sein. Das entspricht dem Regelungssystem und Zweck des Krg, das durch AU (oder stationäre Behandlung) entfallende Arbeitsentgelt zu ersetzen (vgl BSG, Urteil vom 30. Mai 2006 - [B 1 KR 19/05 R](#) - RdNr 15 mwN). Wechselt ein Arbeitnehmer unter den Bedingungen des [§ 175 SGB III](#) aF (= idF durch Art 1 Nr 9 des Gesetzes vom 21. Dezember 2000, [BGBl I 1971](#); inzwischen aufgehoben und mit Wirkung vom 1. Januar 2004 ersetzt durch [§ 216b Abs 1 SGB III](#) idF des Dritten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23. Dezember 2003, [BGBl I 2848](#)) aus einem entgeltlichen Beschäftigungsverhältnis in eine - von [§ 175 Abs 1 Nr 2 SGB III](#) aF zumindest vorausgesetzte - betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit, um "Struktur-Kug" zu erhalten, ändern sich dadurch regelmäßig - auch bei "Kurzarbeit Null" - Beschäftigungs- und Versicherungsverhältnis in diesem Sinne wesentlich, wenn nicht ohnehin ein neues Versicherungsverhältnis entsteht.

14

2. Ab 1. Oktober 1999 war die Klägerin nicht mehr als freiwillig Versicherte, sondern als nach [§ 5 Abs 1 Nr 1 SGB V](#) Pflichtversicherte berechtigt, Krg zu beanspruchen. Der Bezug von Kug begründet allerdings für sich allein nach der gesetzlichen Konzeption keine Versicherungspflicht, wie es - etwa für das Beziehen von Arbeitslosengeld (Alg) oder Unterhaltsgeld nach dem SGB III - in [§ 5 Abs 1 Nr 2 SGB V](#) vorgesehen ist. Vielmehr bleibt nach [§ 192 Abs 1 Nr 4 SGB V](#) nur die Mitgliedschaft "Versicherungspflichtiger" erhalten, solange Kug bezogen wird. Diese Regelung käme der Klägerin nicht zugute: Sie war bis Ende September 1999 nach [§ 6 Abs 1 Nr 1 SGB V](#) versicherungsfrei, da ihr regelmäßiges Jahresarbeitsentgelt die Jahresarbeitsentgeltgrenze nach [§ 6 Abs 6](#) und 7 SGB V überstieg, aber freiwillig versichert. Diese freiwillige Mitgliedschaft endete nach [§ 191 Satz 1 Nr 2 SGB V](#) mit dem Beginn der Pflichtmitgliedschaft am 1. Oktober 1999.

15

Nach [§ 5 Abs 1 Nr 1 SGB V](#) sind versicherungspflichtig Arbeiter, Angestellte und zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigte, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind. Die Klägerin war ab Oktober 1999 gegen Arbeitsentgelt beschäftigte Angestellte der G. GmbH. Sie war bei dieser Auffanggesellschaft im Rahmen einer "Strukturkurzarbeit Null gemäß [§ 175 SGB III](#)" aF angestellt, um ihre Chancen zur dauerhaften Vermittlung in den ersten Arbeitsmarkt zu verbessern. Hierzu war sie den Weisungen des Arbeitgebers unterworfen, hatte an den angebotenen Veranstaltungen, insbesondere Qualifizierungsmaßnahmen teilzunehmen und die Hilfestellung der G. GmbH aktiv zu nutzen. Das genügt auch nach den Rechtsgedanken des [§ 7 Abs 2](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV), um von einem Anstellungsverhältnis auszugehen (zur eingeschränkten unmittelbaren Reichweite von [§ 7 Abs 2 SGB IV](#) vgl BSG [SozR 3-2600 § 1 Nr 7 S 12 ff](#)). Als Bezüge waren hierfür Kug-Zahlungen ausgehend von einem monatlichen Bruttoarbeitsentgelt von 6.643,00 DM als Bemessungsgrundlage vereinbart.

16

Die Klägerin war auch im Rechtssinne "beschäftigt", unabhängig davon, ob sie tatsächlich eine Tätigkeit aufgenommen hat. Das entspricht bereits der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) zur früheren Rechtslage. Der Beginn der Versicherungspflicht Beschäftigter setzte nach [§ 186 Abs 1 SGB V](#) aF (= idF vor der Neufassung durch Art 3 Nr 3 des Gesetzes zur sozialrechtlichen Absicherung flexibler Arbeitszeitregelungen (sog FlexiG) vom 6. April 1998, [BGBl I 688](#), mit Wirkung ab 1. Januar 1998) neben der Beschäftigung gegen Arbeitsentgelt nach [§ 5 Abs 1 Nr 1 SGB V](#) den "Eintritt in die Beschäftigung" voraus, dh im Regelfall die tatsächliche Aufnahme der Arbeit ([BSGE 75, 277](#), 281 = [SozR 3-2500 § 186 Nr 2 S 6](#); BSG, Urteil vom 8. August 1995 - [1 RK 28/94](#), USK 9524).

17

Bereits zu diesem alten Recht hatte das BSG allerdings Ausnahmen vom Erfordernis der tatsächlichen Arbeitsaufnahme zugelassen und trotz Nichtaufnahme der tatsächlichen Arbeit Versicherungspflicht insbesondere aus Gründen des Arbeitnehmerschutzes bejaht. Das war der Fall zB bei einem Unfall des Arbeitnehmers auf dem Weg zur erstmaligen Arbeitsaufnahme (vgl [BSGE 26, 124](#), 126 = [SozR Nr 3 zu § 306 RVO](#)), bei fristgerechter Kündigung durch den Arbeitgeber vor Arbeitsantritt und Freistellung des Arbeitnehmers von der Arbeit bis zum Wirksamwerden der Kündigung ([BSGE 36, 161](#), 164 = [SozR Nr 73 zu § 165 RVO](#)) und bei nahtloser Überführung eines versicherungspflichtigen Ausbildungsverhältnisses in ein beim selben Arbeitgeber bestehendes reguläres und ebenfalls versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis, zu dessen Beginn jedoch AU bestand ([BSGE 48, 235](#) = [SozR 2200 § 306 Nr 5](#); weitere Beispiele vgl [BSGE 75, 277](#), 281 = [SozR 3-2500 § 186 Nr 2 S 5 f](#)). Eine Ausnahme hat die Rechtsprechung zB auch im Hinblick auf europarechtliche Vorschriften zur Gleichbehandlung von Männern und Frauen für erforderlich gehalten, wenn ein Arbeitsverhältnis schon vor der geplanten Wiederaufnahme der Arbeit bestanden hat, die Wiederaufnahme der Arbeit aber durch das Beschäftigungsverbot für Schwangere nach dem Mutterschutzgesetz verhindert worden ist ([BSGE 83, 186](#), 191 = [SozR 3-2500 § 186 Nr 7 S 23](#); [BSGE 92, 172](#), 180, RdNr 22 = [SozR 4-2200 § 200 Nr 1 RdNr 23](#)). Diesen Ausnahmefällen ähnelt der Wechsel eines entgeltlich beschäftigten Arbeitnehmers zu einer Auffanggesellschaft unter den Bedingungen von "Kurzarbeit Null" mit "Struktur-Kug". Er ist dagegen nicht vergleichbar mit den Situationen, in denen die Rechtsprechung mangels tatsächlicher Arbeitsaufnahme den Beginn eines Versicherungsverhältnisses verneint hat.

18

An einem Eintritt in die Beschäftigung im beschriebenen Sinne fehlte es nach der Rechtsprechung des BSG unter Geltung des [§ 186 Abs 1 SGB V](#) aF insbesondere dann, wenn die Arbeit am vereinbarten Tage wegen krankheitsbedingter AU nicht (wieder-)aufgenommen wurde ([BSGE 75, 277](#), 281 = [SozR 3-2500 § 186 Nr 2 S 6](#); [SozR 3-2500 § 186 Nr 3 S 11 f](#)). Der 12. Senat des BSG hat hierzu ausgeführt, diese Auslegung des [§ 186 Abs 1 SGB V](#) aF trage dem Versicherungsprinzip Rechnung. Der 1. Senat des BSG ist dem gefolgt und hat ebenfalls

sowohl den Beginn eines Versicherungsverhältnisses als auch einen Anspruch auf Krg bei fehlgeschlagener Wiederaufnahme der Arbeit nach Rückkehr aus unbezahlttem Urlaub verneint (BSG, Urteil vom 8. August 1995 - [1 RK 28/94](#), USK 9524; zuletzt BSG [SozR 4-2500 § 44 Nr 4](#) RdNr 9 f).

19

War danach bereits nach altem Recht beim Wechsel in "Struktur-Kurzarbeit-Null" vom Beginn eines neuen Versicherungsverhältnisses auszugehen, soweit nicht lediglich eine wesentliche Änderung des bisherigen Verhältnisses eingetreten war, so gilt das erst recht nach der Neufassung des [§ 186 Abs 1 SGB V](#). Die dargelegten strenger Anforderungen an die Begründung eines Versicherungsverhältnisses hat der Gesetzgeber inzwischen gelockert. Durch Art 3 Nr 3 FlexiG sind in [§ 186 Abs 1 SGB V](#) die Worte "die Beschäftigung" durch die Worte "das Beschäftigungsverhältnis" ersetzt worden. Nach der Begründung des Gesetzentwurfs sollte hierdurch klargestellt werden, dass eine Mitgliedschaft in der gesetzlichen Krankenversicherung auch dann zu Stande kommt, wenn der Arbeitnehmer zu Beginn des entgeltlichen Beschäftigungsverhältnisses auf Grund einer Vereinbarung von der Arbeitsleistung freigestellt ist und daher die Beschäftigung erst zu einem späteren Zeitpunkt aufnimmt. Die Mitgliedschaft beginne in diesem Fall mit dem Tag, an dem das entgeltliche Beschäftigungsverhältnis aufgenommen wird. Die Vorschrift bewirke darüber hinaus, dass eine Mitgliedschaft - ebenso wie die Versicherungspflicht in der Renten- und Arbeitslosenversicherung - auch dann in Gang gesetzt werde, wenn die Beschäftigung wegen einer Erkrankung nicht zu dem im Arbeitsvertrag vorgesehenen Zeitpunkt aufgenommen werden könne, sofern der Arbeitnehmer Anspruch auf Fortzahlung des Arbeitsentgelts habe. Diese Klarstellung sei auch nach den Urteilen des BSG vom 15. Dezember 1994 - [12 RK 17/92](#), [12 RK 7/93](#) - und vom 8. August 1995 - [1 RK 28/94](#) - erforderlich geworden (vgl [BT-Drucks 13/9741 S 12](#)).

20

Der Senat hat bisher die Frage offen gelassen, ob die in der Gesetzesbegründung verlautbarte Regelungsabsicht im Gesetzeswortlaut des [§ 186 Abs 1 SGB V](#) nF hinreichenden Ausdruck gefunden hat (vgl BSG [SozR 4-2500 § 44 Nr 4](#) RdNr 16; ablehnend: Hänlein in LPK-SGB V, § 186 RdNr 5; differenzierend: KassKomm/Karl Peters, [§ 186 SGB V](#) RdNr 10, Stand September 2006; weniger Bedenken: Sommer in Horst Peters, Handbuch der Krankenversicherung, Bd 4, § 186 SGB V RdNr 11, 13, Stand 1. Juli 2006; ohne entsprechende Bedenken: Berchtold, Krankengeld, 2004, RdNr 372 f). Für den Fall des Bestehens von AU bei Beschäftigungsbeginn bedarf es auch vorliegend keiner Entscheidung. Dagegen geht der Senat für den Eintritt in ein Beschäftigungsverhältnis nach [§ 175 SGB III](#) aF (entsprechend: [§ 216b SGB III](#)) davon aus, dass die Begründung der Pflichten zur Qualifizierung etc einerseits und Entgeltzahlung andererseits für den Beginn der Mitgliedschaft genügt, selbst wenn zunächst eine Freistellung von Arbeit vorgesehen ist. Dies sichert den vom Gesetzgeber gewollten sozialen Schutz der Arbeitnehmer in sog Auffanggesellschaften, die mittels Qualifizierungsmaßnahmen - in gleichsam einem Puffer zwischen bisheriger Beschäftigung und drohender Arbeitslosigkeit - die Chance erhalten, in neue Beschäftigungsverhältnisse zu gelangen (vgl zu den Fällen der Begründung und Aufrechterhaltung des Beschäftigungsverhältnisses trotz unterbleibender Verrichtung oder Wegfalls der Arbeitsleistung zusammenfassend Schlegel, NZA 2005, 972, 974 ff mwN; Voelzke in: Festschrift für Küttner, 2006, S 345, 347 mwN).

21

3. Die Klägerin ist nicht dadurch beschwert, dass die Beklagte Krg analog [§ 47b Abs 1 SGB V](#) in Höhe des zuletzt vor Eintritt der AU bezogenen Kug-Betrages gezahlt hat. Denn die Beklagte wäre wegen der auch im Rahmen der "Strukturkurzarbeit Null" zu bejahenden Arbeitnehmereigenschaft der Klägerin berechtigt gewesen, die Höhe des Krg niedriger - nach [§ 47 Abs 1](#) und 2 SGB V - zu bemessen, insbesondere unter Berücksichtigung der Obergrenzen gemäß [§ 47 Abs 1 Satz 1](#) und 2 SGB V. Für die Berechnung des Regelentgelts hätte sie auf den November 1999, den letzten vollen abgerechneten Kalendermonat vor Eintritt der AU abstellen dürfen. Ist das Arbeitsentgelt wie bei der Klägerin nach Monaten bemessen, gilt nämlich gemäß [§ 47 Abs 2 Satz 3 SGB V](#) der dreißigste Teil des im letzten vor Beginn der AU abgerechneten Kalendermonats erzielten und um einmalig gezahltes Arbeitsentgelt verminderten Arbeitsentgelts als Regelentgelt.

22

Auf die Rechtsgedanken des [§ 47b Abs 1 SGB V](#), der seinem Wortlaut nach vermeintlich umfassend die Krg-Berechnung bei Kug-Bezug regelt, kann dagegen für die Krg-Berechnung bei "Strukturkurzarbeit Null" nicht zurückgegriffen werden. Es fehlt an einer Regelungslücke. Das beruht auf dem geschlossenen Regelungssystem zur Höhe und Berechnung des Krg. Während [§ 47 SGB V](#) die allgemeinen Bestimmungen hierzu enthält, regelt [§ 47b SGB V](#) - anknüpfend an die Vorläufer in § 158 und § 164 Arbeitsförderungsgesetz (AFG) (vgl Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Reform der Arbeitsförderung [Arbeitsförderungs-Reformgesetz - AFRG -] [BT-Drucks 13/6845 S 254](#) zu Art 5 Nr 3, § 47a des Entwurfs) - zwei Gruppen von Ausnahmen: Jene für nach [§ 5 Abs 1 Nr 2 SGB V](#) Versicherte ([§ 47b Abs 1](#) und 2 SGB V) und solche für nach [§ 5 Abs 1 Nr 1 SGB V](#) (oder evtl freiwillig) Versicherte ([§ 47b Abs 3 bis 6 SGB V](#)), zu denen Kug-Bezieher gehören: Waren sie vor dem Kug-Bezug versicherungspflichtig, bleiben sie dies nach [§ 5 Abs 1 Nr 1 SGB V](#), da - wie dargelegt - der Bezug dieser Leistung (oder von Winterausfallgeld) nach dem SGB III die Mitgliedschaft Versicherungspflichtiger nach [§ 192 Abs 1 Nr 4 SGB V](#) erhält. Freiwillig Versicherte bleiben dies, solange kein Beendigungstatbestand gemäß [§ 191 SGB V](#) eintritt. Greift die spezielle Regelung des [§ 47b SGB V](#) nicht ein, gilt die allgemeine Norm des [§ 47 SGB V](#).

23

4. Zu Unrecht beruft sich die Klägerin für ihre abweichende Rechtsauffassung auf [§ 47b Abs 3 SGB V](#). Danach wird das Krg für Versicherte, die während des Bezuges von Kug oder Winterausfallgeld arbeitsunfähig erkranken, nach dem regelmäßigen Arbeitsentgelt berechnet, das zuletzt vor Eintritt des Arbeitsausfalls erzielt wurde (Regelentgelt). Die Regelung soll verhindern, dass es infolge von Kurzarbeit und witterungsbedingtem Arbeitsausfall zu einer Minderung des Krg kommt. Vielmehr soll dem arbeitsunfähigen Versicherten wirtschaftlich auch in solchen Fällen in etwa die gleiche Stellung eingeräumt werden, die er als gesunder Arbeitnehmer seines Betriebs hätte (vgl [BSGE 40, 90, 91 = SozR 2200 § 182 Nr 10](#); [BSGE 48, 214, 216 = SozR 4100 § 164 Nr 2](#); Schmidt: in Horst Peters, Handbuch der Krankenversicherung, Bd 2, Stand 1. Juli 2006, § 47b RdNr 6). Mit diesem Zweck und der Entgeltersatzfunktion des Krg wäre es nicht vereinbar, im Wege der Auslegung des [§ 47b Abs 3 SGB V](#) zu einer Krg-Höhe zu gelangen, die die Höhe des vor Eintritt der AU bezogenen Arbeitsentgelts übersteigt.

Das Entgeltersatzprinzip leitet der Senat aus dem Regulationssystem des Krg ab: [§ 44 Abs 1 Satz 2 SGB V](#) schließt pauschal diejenigen Versicherten-Gruppen vom Anspruch auf Krg aus, die mangels einer entgeltlichen Tätigkeit im Falle der AU regelmäßig kein Arbeitsentgelt oder Arbeitseinkommen einbüßen. [§ 47 Abs 1 Satz 2 SGB V](#) bestimmt, dass das aus dem Arbeitsentgelt berechnete Krg 90 vH des bei entsprechender Anwendung des Abs 2 berechneten Nettoarbeitsentgelts nicht übersteigen darf. [§ 47 Abs 3 SGB V](#) verbindet schließlich die den Krankenkassen für Sonderfälle eingeräumte Gestaltungsfreiheit hinsichtlich der Zahlung und Berechnung des Krg mit der ausdrücklichen Auflage, die Erfüllung der Entgeltersatzfunktion des Krg sicherzustellen (vgl insgesamt hierzu [BSGE 92, 260](#) = [SozR 4-2500 § 47 Nr 1](#), jeweils RdNr 6 mwN).

Der Wortlaut des [§ 47b Abs 3 SGB V](#) steht seiner zweckentsprechenden und systemgerechten einschränkenden Auslegung nicht entgegen. Er bezieht sich vielmehr unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte und des Regelungszwecks lediglich auf Kug, welches zur Überwindung konjunktureller Arbeitsausfälle von meist nur 6-monatiger Dauer gewährt wird, sowie auf Kug für die Bewältigung des allgemeinen, auch langfristigen Strukturwandels, auch bei erheblichem Personalabbau, das nicht an zu entlassende oder gar schon gekündigte Arbeitnehmer gewährt werden darf. Die Regelung kann dagegen nicht auf das "Struktur-Kug" gemäß [§ 175 SGB III](#) aF erstreckt werden. Letzteres kann als Sonderleistung nur bei Bewältigung langfristiger Umstrukturierung mit erheblicher Personalanpassung an zur Entlassung anstehende oder gekündigte Arbeitnehmer gezahlt werden (zur Funktionsdifferenzierung des Kug vgl Bieback in: Gagel, SGB III, Stand Juni 2006, Vor § 169 RdNr 12 mwN). Während mithin Kug einerseits Arbeitnehmern zu leisten ist, deren Entlassung oder Kündigung nicht ansteht, sondern deren Verbleib beim derzeitigen Arbeitgeber gerade gefördert werden soll, dient andererseits das "strukturelle Kug" gemäß [§ 175 SGB III](#) aF als Sonderleistung umgekehrt dazu, langfristige Umstrukturierungen mit einem damit verbundenen erheblichen Personalabbau sozial- und arbeitsmarktpolitisch zu gestalten. Deshalb kann diese Form des Kug auch und gerade an Arbeitnehmer gewährt werden, die zur Entlassung anstehen oder denen gekündigt wurde ([§ 175 Abs 3 SGB III](#) aF), die dann aber - wie die Klägerin - zur Verwirklichung der genannten gesetzgeberischen Ziele zur Qualifizierung und Weiterbildung in einer besonderen betrieblichen Einheit zusammengefasst worden sind.

Während sich die Vorgängerregelung zu [§ 47b Abs 3 SGB V](#) - § 164 AFG - von Beginn an im AFG fand, enthielt das AFG erstmals durch die Fassung des Achten AFG-Änderungsgesetzes (8. AFG-ÄndG vom 14. Dezember 1987, [BGBl I 2602](#)) mit § 63 Abs 4 AFG einen Vorläufer zu [§ 175 SGB III](#) aF. Bereits diese Norm setzte nicht voraus, dass der Arbeitsausfall vorübergehend ist und dass durch die Zahlung des Kug den Arbeitnehmern die Arbeitsplätze und dem Betrieb die eingearbeiteten Arbeitnehmer auf Dauer erhalten bleiben (vgl Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP eines Gesetzes zur Ergänzung der arbeitsmarktpolitischen Instrumente und zum Schutz der Solidargemeinschaft von Leistungsmissbrauch [Achstes Gesetz zur Änderung des Arbeitsförderungsgesetzes], [BT-Drucks 11/1161, S 11](#) zu Art 1 Nr 13a). Zielsetzung des "strukturellen Kug" ist es, dazu beizutragen, die Schaffung und Besetzung neuer Arbeitsplätze zu erleichtern. Die Zeiten des Arbeitsausfalls sollen vom Betrieb dazu genutzt werden, die Vermittlungsaussichten der Arbeitnehmer insbesondere durch eine berufliche Qualifizierung, zu der auch eine zeitlich begrenzte Beschäftigung bei einem anderen Arbeitgeber gehören kann, zu verbessern (vgl [§ 175 Abs 1 Satz 3](#) und 4 SGB III aF; [§ 216b Abs 1 SGB III](#)).

Diese Sonderform des Kug unterscheidet sich von den anderen Fällen des Kug insbesondere dadurch, dass der Arbeitsausfall "nicht nur vorübergehend" ist; praktisch wird vielmehr auf diese Weise ein Personalabbau sozial- und arbeitsmarktpolitisch verträglich ausgestaltet, um bei Massenentlassungen Anpassungsmaßnahmen durchführen oder diese zumindest sozial verträglicher gestalten sowie neue Arbeitsplätze schaffen und besetzen zu können, die sich außerhalb des alten Betriebs befinden (vgl Bieback, aaO, [§ 175 SGB III](#) RdNr 7 f). Den insoweit von der "Strukturkurzarbeit Null" erfassten Personenkreis konnte der Gesetzgeber noch gar nicht im Blick haben, als er mit § 164 AFG die Vorgängerregelung zu [§ 47b Abs 3 SGB V](#) schuf (zum Hintergrund der nur kurzen Bedeutung der ursprünglichen Regelung bis zur Einführung von § 164 Abs 2 AFG vgl Waldeyer, DB 1972, 679, 681, nach Fußnote 51). Auch deshalb greift der Hinweis der Klägerin auf die Gesetzesmaterialien zur Ursprungsfassung des § 164 AFG ([BT-Drucks V/2291 S 90](#) und hierzu Düe in: Niesel, AFG, 2. Aufl 1997, § 164 RdNr 4; zutreffend kritisch dagegen Gagel, AFG, Stand 1998, § 164 RdNr 13) nicht durch. Für die Bezieher von "Struktur-Kug" passt die Regelung in [§ 47b Abs 3 SGB V](#) nicht, weil gerade mit dem Eintritt in eine neue Beschäftigungsgesellschaft oder besondere betriebliche Einheit im Versicherungsverhältnis eine Zäsur gesetzt wird, die zumindest eine wesentliche Änderung des Beschäftigungs- und Versicherungsverhältnisses bedingt. Der Wortlaut des [§ 47b Abs 3 SGB V](#) würde dagegen - systemfremd und mit unzuträglichen Ergebnissen - auf einen Zeitraum vor dieser Zäsur verweisen. Die Regelung in [§ 47b Abs 3 SGB V](#) gilt danach nicht für die Zahlung von "Struktur-Kug", sondern nur für Fälle, in denen Kug dazu dient, den Verbleib Versicherter im alten, bisherigen Betrieb abzusichern und deshalb engere Bindungen zu diesem aufrechtzuerhalten.

5. Das Auslegungsergebnis ist auch mit dem Grundgesetz (GG) vereinbar. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ([BVerfGE 92, 53](#), 71 = [SozR 3-2200 § 385 Nr 6](#) S 21; [BVerfGE 102, 127](#) = [SozR 3-2400 § 23a Nr 1](#) = DStR 2000, 1353 m Bespr Schlegel; vgl auch zuletzt BSG, Urteil vom 21. Februar 2006 - [B 1 KR 11/05 R](#) -, [SozR 4-2500 § 47 Nr 3](#) RdNr 27; BSG, Urteil vom 30. Mai 2006 - [B 1 KR 19/05 R](#) - RdNr 19 mwN) ist es zwar von Verfassungs wegen nicht stets geboten, dass eine versicherungsmathematische Äquivalenz zwischen den entrichteten Beiträgen und der Höhe der Leistungen erzielt wird. Für unterschiedliche Leistungen an Versicherte mit gleicher Beitragsbelastung muss aber nach [Art 3 Abs 1 GG](#) ein hinreichender sachlicher Grund bestehen. Eine gleiche Beitragsbelastung besteht in der Regel zwischen den - nach der dargelegten Auslegung - in [§ 47b Abs 3 SGB V](#) erfassten Beziehern von Kug und den Empfängern von "Struktur-Kug" nach [§ 173 SGB III](#) aF (entsprechend heute: "Transfer-Kug" gemäß [§ 216b SGB III](#)) nicht: Bei den erstgenannten unterliegt nicht nur das Kug gemäß [§ 232a Abs 2 SGB V](#) der Beitragspflicht, sondern in der Regel nach [§ 226 Abs 1 Nr 1 SGB V](#) zusätzlich das Arbeitsentgelt aus dem Beschäftigungsverhältnis. An Arbeitsentgelt aus dem früheren Beschäftigungsverhältnis fehlt es dagegen regelmäßig bei Beziehern von "Struktur-Kug". Die Berechnung der beitragspflichtigen Einnahmen der Bezieher von Alg nach [§ 232a Abs 1 Nr](#)

[1 SGB V](#) einerseits und der Empfänger von Kug nach [§ 232a Abs 2 SGB V](#) andererseits sowie die Regelungen zur Tragung der Beiträge ([§ 249 Abs 2 SGB V](#) bezüglich Kug; [§ 251 Abs 4a SGB V](#) bezüglich Alg) sind zwar eher vergleichbar. Auch die Zielsetzung des Alg, als Entgeltersatz zu dienen, teilt das Kug mit ihm, ebenso wie es Berechnungselemente für die Höhe teilweise übernimmt (vgl [§§ 178, 179 SGB III](#): Anknüpfung an die Alg-Leistungssätze in [§ 178 SGB III](#); dagegen Unterschiede bei der Berechnung der Nettoentgeltdifferenz nach [§ 179 SGB III](#)).

29

Ein sachlicher Grund für die differenzierende Anwendung des [§ 47 SGB V](#) an Stelle von [§ 47b Abs 1 SGB V](#) (wie für Alg-Bezieher) auf die Bezieher von "Struktur-Kug" liegt allerdings darin, dass Letztere in anderen Bereichen gegenüber den Beziehern von Alg in einem gewissen Umfang bevorzugt sind: Kug wird nicht erst bei Verwirklichung des Risikos "Arbeitslosigkeit", sondern bereits im Vorfeld geleistet. Formal knüpft es an den Entgeltausfall in einem bestehenden Arbeitsverhältnis an. Die Leistung kann nicht einzeln von den Arbeitnehmern, sondern nur kollektiv vom Arbeitgeber und/oder dem Betriebsrat beantragt werden. Wegen seiner präventiven und kollektiven Funktion setzt es keine individuellen Anwartschaften voraus (vgl Bieback, aaO [§ 169 SGB III](#) RdNr 8 mwN). "Struktur-Kug" von einem Jahr und mehr hat auch zur Folge, dass die Abfindung aus einem Sozialplan gesichert werden kann (vgl näher Bieback, aaO, [§ 175 SGB III](#) RdNr 17). Eine weitere Begünstigung der Empfänger von "Struktur-Kug" gegenüber den Beziehern von Alg besteht darin, dass mit der Fiktion eines Beschäftigungsverhältnisses trotz ggf fehlender Arbeitsleistung der Bezug von Alg hinausgeschoben werden kann.

30

In Würdigung dieser Vorzüge und Unterschiede sowie der hinzukommenden Möglichkeit, bei "Strukturkurzarbeit Null" jederzeit aus dem Beschäftigungsverhältnis bei einer Auffanggesellschaft in eine andere Erwerbstätigkeit wechseln zu können, ist es auch mit Blick auf den allgemeinen Gleichheitssatz sachlich gerechtfertigt, zur Berechnung der Krg-Höhe bei Empfängern von "Struktur-Kug" auf die allgemeine Regelung des [§ 47 SGB V](#) und nicht auf [§ 47b SGB V](#) zurückzugreifen.

31

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

Rechtskraft

Aus

Login

BRD

Saved

2007-03-27