

## L 1 KR 33/07

Land  
Hamburg  
Sozialgericht  
LSG Hamburg  
Sachgebiet  
Krankenversicherung  
Abteilung  
1  
1. Instanz  
SG Hamburg (HAM)  
Aktenzeichen  
S 34 KR 2087/02  
Datum  
29.06.2007  
2. Instanz  
LSG Hamburg  
Aktenzeichen  
L 1 KR 33/07  
Datum  
22.07.2010  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen

-  
Datum

-  
Kategorie  
Urteil

Die Berufungen gegen die Urteile des Sozialgerichts Hamburg vom 29. Juni 2007 werden zurückgewiesen. Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten darüber, ob der Kläger in der Zeit vom 1. Oktober 1994 bis 30. September 1995 in einem sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis gestanden hat sowie über die Höhe seines Krankengeldanspruchs in der Zeit vom 1. April bis 24. September 1995.

Der 1950 geborene Kläger bezog bis zum 30. September 1994 Arbeitslosenhilfe. Für die Zeit ab 1. Oktober 1994 schloss er mit der Beigeladenen zu 4. einen Arbeitsvertrag über eine von der Beigeladenen zu 1. vermittelte Arbeitsbeschaffungsmaßnahme (ABM). Mit Erstbescheinigung vom 30. September 1994 wurde dem Kläger zunächst bis 5. Oktober 1994 und sodann mit Folgebescheinigungen fortlaufend weiter bis einschließlich 24. September 1995 Arbeitsunfähigkeit attestiert.

Am 4. Oktober 1994 – dem ersten möglichen Arbeitstag – erschien der Kläger bei der Beigeladenen zu 4. und unterzeichnete den Arbeitsvertrag, weigerte sich aber, der Weitergabe von Daten an die Beigeladene zu 1. schriftlich zuzustimmen und verließ danach vorzeitig den Betrieb. Zur Aufnahme der vereinbarten Tätigkeit als Phonotypist kam es nicht und auch in der Folgezeit erschien der Kläger nicht mehr bei der Beigeladenen zu 4. Mit Schreiben vom 11. Oktober 1994 wies ihn diese darauf hin, dass sie neben "seinem bühnenreifen Auftritt vor versammelter Mannschaft" am 4. Oktober 1994 bisher lediglich eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung für die Zeit vom 30. September bis 5. Oktober 1994 erhalten habe, er seitdem unentschuldig fehle und sein Gesamtverhalten daher die Frage aufwerfe, ob er überhaupt die Arbeit aufnehmen wolle.

Der Kläger erhielt von der Beigeladenen zu 4. für die Zeit vom 1. Oktober bis 11. November 1994 Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und sodann vom 12. November 1994 bis zunächst 17. Januar 1995 Krankengeld von der Beklagten in Höhe der zuvor bezogenen Arbeitslosenhilfe. Mit Bescheid vom 22. Juni 1995 und Widerspruchsbescheid vom 11. August 1995 lehnte die Beklagte die Weitergewährung von Krankengeld ab, da der Kläger am 17. Januar 1995 nicht zu einem Begutachtungstermin beim Medizinischen Dienst der Krankenversicherungen erschienen war.

Ein von dem Kläger angestrebtes arbeitsgerichtliches Verfahren (Az. 17 Ca 219/95) endete durch Anerkenntnisurteil vom 7. Juni 1995, mit dem der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses mit der Beigeladenen zu 4. über den 30. April 1995 hinaus festgestellt wurde.

Gegen die Einstellung sowie die Höhe des Krankengeldes erhob der Kläger Klage beim Sozialgericht (Az. S 22 KR 65/95). In der mündlichen Verhandlung am 17. Februar 1998 erklärte er, ihm sei am 4. Oktober 1994 der Betrieb vorgestellt worden, die Arbeit habe er jedoch nicht aufgenommen, da dies aus gesundheitlichen Gründen nicht möglich gewesen sei. Das Sozialgericht verurteilte die Beklagte mit Urteil vom 17. Februar 1998, dem Kläger über den 17. Januar 1995 hinaus Krankengeld zu gewähren, allerdings nur in Höhe der zuvor bezogenen Arbeitslosenhilfe und nicht – wie vom Kläger beantragt – unter Zugrundelegung des bei der Beigeladenen zu 4. bezogenen Arbeitsentgelts, da ein Beschäftigungsverhältnis mangels Arbeitsaufnahme nicht zustande gekommen sei. Hiergegen legte der Kläger Berufung ein (Az. L 1 KR 20/98) und trug vor, er sei, nachdem er sich gesundheitlich etwas besser gefühlt habe, am 4. Oktober 1994 um 7 Uhr bei der Beigeladenen zu 4. erschienen. Dort habe er an einer Einführungsveranstaltung teilgenommen, dann jedoch wieder Rückenschmerzen bekommen, weshalb er nach Hause gegangen sei. Das Berufungsverfahren endete am 30. April 2002 durch Abschluss eines Vergleichs, durch den sich die Beklagte verpflichtete, einen rechtsmittelfähigen Bescheid darüber zu erteilen, ob für den Kläger in der Zeit vom 1.

Oktober 1994 bis 30. September 1995 wegen eines Beschäftigungsverhältnisses bei der Beigeladenen zu 4. Sozialversicherungspflicht bestanden habe. Ferner erkannte die Beklagte einen Anspruch auf Krankengeld bis zum 31. März 1995 an und verpflichtete sich, dem Kläger bezüglich eines darüber hinaus gehenden Anspruchs für die Zeit vom 1. April bis 24. September 1995 einen weiteren rechtsmittelfähigen Bescheid zu erteilen. Schließlich regelte der Vergleich, dass sich die Höhe des Krankengeldes einstweilen nach der zuvor bezogenen Arbeitslosenhilfe richten sollte. Für den Fall, dass eine versicherungspflichtige Beschäftigung bei der Beigeladenen zu 4. festgestellt werden sollte, richte sich die Höhe des Krankengeldes nach dem dort bezogenen Arbeitsentgelt.

Die Beklagte stellte sodann durch Bescheid vom 6. Juni 2002 fest, dass ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis bei der Beigeladenen zu 4. nicht begründet worden und Sozialversicherungspflicht nicht eingetreten sei, da der Kläger die Tätigkeit nicht aufgenommen und sich der Weisungsbefugnis des Arbeitgebers nicht unterworfen habe. Hiergegen legte der Kläger Widerspruch ein.

In einem Vermerk des zuständigen Sachbearbeiters der Beklagten vom 18. September 2002 über ein persönliches Gespräch mit dem Zeugen R. heißt es unter anderem, das Verfahren für Neueinstellungen bei der Beigeladenen zu 4. sei schematisiert. Die neuen Mitarbeiter würden für 7 Uhr bestellt und nach einer drei- bis vierstündigen Einweisung und der Erledigung der Formalitäten zu ihren jeweiligen Einsatzorten gebracht, wo sie dann ihre Arbeit aufnehmen würden. Der Kläger sei erst gegen 9.30/10 Uhr erschienen und habe die Firma bereits eine Stunde später wieder verlassen. Er habe den Arbeitsvertrag unterzeichnet, nicht aber die Nebenabrede über die anonymisierte Weitergabe der Daten an das Arbeitsamt. Er sei dann laut pöbelnd abgezogen und nie wieder gesehen worden.

Mit Bescheid vom 14. Oktober 2002 lehnte die Beklagte auch die Gewährung von Krankengeld für die Zeit ab 1. April 1995 ab, da der Kläger für Tätigkeiten auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt wieder arbeitsfähig gewesen sei. Auch hiergegen erhob der Kläger Widerspruch.

Die Beklagte wies beide Widersprüche des Klägers durch Widerspruchsbescheide vom 10. Dezember 2002 zurück. Ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis sei nicht zustande gekommen, da der Kläger aufgrund seiner Arbeitsunfähigkeit nicht in der Lage gewesen sei, die Beschäftigung auszuüben. Außerdem habe eine Eingliederung in den Betrieb und eine Unterwerfung unter das Weisungsrecht des Arbeitgebers nicht stattgefunden. Ein Anspruch auf Krankengeld ab 1. April 1995 bestehe mangels Arbeitsunfähigkeit nicht mehr.

Der Kläger hat hiergegen am 16. Dezember 2002 jeweils Klage erhoben und vorgetragen, es sei arbeitsgerichtlich festgestellt worden, dass ein Arbeitsverhältnis bestanden habe. Insofern gebe es eine Parallelität zwischen Arbeits- und Sozialrecht. Die Figur des sogenannten missglückten Arbeitsversuchs sei nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) nicht mehr anzuwenden.

Das Sozialgericht hat die auf Feststellung der Sozialversicherungspflicht gerichtete Klage durch Urteil vom 29. Juni 2007 (Az. [S 34 KR 2087/02](#)) – dem Kläger zugestellt am 29. August 2007 – abgewiesen und ausgeführt, der Kläger habe die Beschäftigung weder aufgenommen noch sich dem Direktionsrecht des Arbeitgebers unterstellt. Dies ergebe sich bereits aus seinem eigenen Vortrag, da die bloße Teilnahme an einer Einführungsveranstaltung insoweit nicht ausreiche, insbesondere dann, wenn – wie hier – Streit bezüglich der Formalitäten und der Notwendigkeit einer Unterschrift entstehe.

Durch das weitere dem Kläger am 29. August 2007 zugestellte Urteil vom 29. Juni 2007 in Verbindung mit dem Berichtigungsbeschluss vom 15. Februar 2008 (Az. S 34 KR 989/05) hat das Sozialgericht die Beklagte verurteilt, dem Kläger für die Zeit vom 1. April bis 24. September 1995 Krankengeld zu gewähren und die Klage im Übrigen – also bezüglich der Höhe des Krankengeldes – abgewiesen.

Der Kläger hat am 4. September 2007 gegen beide Urteile Berufung eingelegt. Er trägt vor, zwischen ihm und der Beigeladenen zu 4. sei unstreitig ein Arbeitsvertrag geschlossen und damit ein Arbeitsverhältnis begründet worden. Dadurch habe er sich zur Arbeitsleistung nach Weisung des Arbeitgebers verpflichtet. Indem der Arbeitgeber eine Einführungsveranstaltung zusammenrufe, übe er sein Direktionsrecht aus, da er entschieden habe, wann und in welcher Form die Arbeitnehmer über den Betrieb und ihren späteren Arbeitsort informiert würden. Der Kläger habe daher allein durch seine Teilnahme an der Einführungsveranstaltung seine Tätigkeit tatsächlich aufgenommen. Nach der Entscheidung des Arbeitsgerichts habe das Arbeitsverhältnis bis zum 30. September 1995 fortbestanden. Aus diesem Grunde sei auch das Krankengeld unter Berücksichtigung des bei der Beigeladenen zu 4. bezogenen Arbeitsentgelts zu bemessen.

Der Kläger beantragt,

1. das Urteil des Sozialgerichts Hamburg vom 29. Juni 2007 ([S 34 KR 2087/02](#)) sowie den Bescheid der Beklagten vom 6. Juni 2002 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 10. Dezember 2002 aufzuheben und festzustellen, dass für den Kläger in der Zeit vom 1. Oktober 1994 bis zum 30. September 1995 Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung, in der sozialen Pflegeversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung bestanden hat;
2. das Urteil des Sozialgerichts Hamburg vom 29. Juni 2007 (S 34 KR 989/05) abzuändern und die Beklagte unter Aufhebung des Bescheides vom 14. Oktober 2002 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides 10. Dezember 2002 zu verpflichten, dem Kläger für die Zeit vom 1. April bis 24. September 1995 höheres Krankengeld auf der Grundlage des bei der Beigeladenen zu 4. erzielten Arbeitsentgeltes zu gewähren.

Die Beklagte ist der Auffassung, dass ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis, welches mit dem Begriff des Arbeitsverhältnisses nicht identisch sei, nicht bestanden habe. Vereinbart sei eine Tätigkeit als Phonotypist gewesen; diese habe der Kläger zu keinem Zeitpunkt aufgenommen. Er sei außerdem vom 30. September bis zunächst 5. Oktober 1994 arbeitsunfähig und daher zum Zeitpunkt, als er sich zu der Beigeladenen zu 4. begeben habe, gesundheitlich gar nicht in der Lage zur Aufnahme der vereinbarten Tätigkeit gewesen.

Die Beigeladenen haben keine Anträge gestellt.

Das Gericht hat in der mündlichen Verhandlung am 22. Juli 2010 den Geschäftsführer der Beigeladenen zu 4., Holger R., als Zeugen zu den Umständen und Geschehnissen am vereinbarten ersten Arbeitstag des Klägers vernommen. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschrift verwiesen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf den Inhalt der Prozessakte und die ausweislich der Sitzungsniederschrift vom 22. Juli 2010 zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemachten Akten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die statthaften, form- und fristgerecht eingelegten und auch sonst zulässigen ([§§ 143, 151](#) Sozialgerichtsgesetz - SGG) Berufungen sind nicht begründet, da das Sozialgericht die Klagen zu Recht abgewiesen hat. Der Kläger unterlag in der Zeit vom 1. Oktober 1994 bis 30. September 1995 nicht der Versicherungspflicht in der Sozialversicherung (1.). Er hat für die Zeit vom 1. April bis 24. September 1995 auch keinen Anspruch auf höheres Krankengeld (2.).

1. Die auf die Feststellung der Sozialversicherungspflicht gerichtete Klage ist als kombinierte Anfechtungs- und Feststellungsklage zulässig ([§ 55 Abs. 1 Nr. 1 SGG](#)), aber unbegründet. Die angefochtenen Bescheide sind rechtmäßig, denn die Beklagte hat zu Recht festgestellt, dass für den Kläger im streitigen Zeitraum keine Versicherungspflicht in der Sozialversicherung bestand.

Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen in der Kranken-, Renten- und Arbeitslosenversicherung sowie seit dem 1. Januar 1995 auch in der sozialen Pflegeversicherung der Versicherungs- bzw. Beitragspflicht ([§ 5 Abs. 1 Nr. 1](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch - Gesetzliche Krankenversicherung (SGB V), [§ 20 Abs. 1 Nr. 1](#) Elftes Buch Sozialgesetzbuch - Soziale Pflegeversicherung, [§ 1 S. 1 Nr. 1](#) Sechstes Buch Sozialgesetzbuch - Gesetzliche Rentenversicherung, [§ 168 Abs. 1 S. 1](#) Arbeitsförderungsgesetz (AFG) bzw. seit 1. Januar 1998: [§ 25 Abs. 1](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch - Arbeitsförderung). Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist [§ 7 Abs. 1](#) des Vierten Buches Sozialgesetzbuch - Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung (SGB IV) bzw. seit 1. Januar 1999 [§ 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV](#). Danach ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb und die Arbeitsorganisation eingegliedert ist und er dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt (BSG, Urteil vom 11.3.2009 - [B 12 KR 21/07 R](#) - Juris, m.w.N.). Das Vorliegen eines Arbeitsvertrages allein reicht nicht aus, um in der Sozialversicherung Versicherungspflicht wegen abhängiger Beschäftigung zu begründen. Hinzutreten muss im Regelfall die tatsächliche Beschäftigung bzw. Arbeitsleistung (BSG, Urteil vom 22.11.1968 - [3 RK 9/67](#) - Juris; Segebrecht/Wissing/Scheer/Wrage in: jurisPK-SGB IV, § 7 Rn. 56, 57).

Nach diesen Maßstäben hat der Kläger im streitigen Zeitraum keine abhängige Beschäftigung ausgeübt. Zu einer tatsächlichen Aufnahme der vorgesehenen Tätigkeit als Phonotypist ist es unstrittig zu keinem Zeitpunkt gekommen. Der Kläger ist lediglich einmal am 4. Oktober 1994 - dem vereinbarten Tag des Dienstantritts - bei der Beigeladenen zu 4. erschienen. Dem Eintritt des Klägers in eine Beschäftigung hat dabei entgegen gestanden, dass er bereits zu diesem Zeitpunkt zur Verrichtung der vorgesehenen Tätigkeit nicht fähig war, da er seit dem 30. September 1994 arbeitsunfähig war. Nach der Rechtsprechung des BSG tritt nämlich derjenige, der bereits in dem frühesten Augenblick, der für die Arbeitsaufnahme in Betracht kommt, nach objektiver Feststellung arbeitsunfähig ist, grundsätzlich nicht in die Beschäftigung ein (BSG, Urteil vom 3.6.1981 - [3 RK 24/80](#); BSG, Urteil vom 15.12.1994 - [12 RK 17/92](#); beide Juris). Ausnahmen von diesem Grundsatz hat das BSG nur in eng begrenzten Fallkonstellationen zugelassen, in denen der Arbeitnehmer trotz anfänglicher Arbeitsunfähigkeit eindeutig zum Ausdruck gebracht hat, dass er sich der Verfügungsmacht des Arbeitgebers unterstellt. Gibt er dagegen durch Handlungen oder Unterlassungen zu erkennen, dass er den Dienst nicht antreten will, so kommt ein Beschäftigungsverhältnis nicht zustande. (BSG, Urteil vom 28.2.1967 - [3 RK 17/65](#) - Juris; BSG 3.6.1981 [a.a.O.](#)). Letzteres ist hier unter Berücksichtigung der in den Akten befindlichen Unterlagen und der Aussage des Zeugen R. der Fall.

Der Zeuge hat ausgesagt, der Kläger sei am Vormittag des 4. Oktober 1994 in der Personalabteilung der Beigeladenen zu 4. erschienen und habe den Arbeitsvertrag unterschrieben, sich aber geweigert, die datenschutzrechtliche Zusatzvereinbarung zu unterzeichnen. Daraufhin habe er fluchtartig das Büro und den gesamten Betrieb verlassen und sei nie wieder erschienen. Mit einem derartigen Verhalten hat sich der Kläger gerade nicht der Verfügungsmacht des Arbeitgebers unterstellt, sondern sich dieser vielmehr nach außen erkennbar entzogen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob dem Kläger die Unterzeichnung der Zusatzvereinbarung zumutbar gewesen ist oder ob die Beigeladene zu 4. diese zur Durchführung und Abrechnung der ABM tatsächlich benötigte. Wenn der Kläger die Zusatzvereinbarung für rechtswidrig hielt, hätte es ihm freigestanden, dies zum Ausdruck zu bringen, aber trotz seiner diesbezüglichen Weigerung die Arbeit aufzunehmen bzw. sich in seinen vorgesehenen Arbeitsplatz einweisen zu lassen. Dies hat er jedoch durch sein fluchtartiges Verlassen des Betriebes vereitelt und er hat auch im Nachhinein keine Bemühungen unternommen, um mit der Beigeladenen zu 4. Kontakt aufzunehmen und sein Verhalten zu erklären.

Der Senat hat an der Glaubhaftigkeit der Zeugenaussage keine Zweifel. Der Zeuge hat insbesondere nachvollziehbar bekundet, sich aufgrund des ungewöhnlichen Verlaufs trotz des langen Zeitablaufs noch an die wesentlichen Umstände erinnern zu können. Seine Aussage stimmt im Übrigen im Wesentlichen mit dem in der Verwaltungsakte der Beklagten befindlichen Gesprächsvermerk vom 18. September 2002 überein, wobei dort sogar noch geschildert wird, dass der Kläger den Betrieb "laut pöbelnd" verlassen habe. Auch in dem an den Kläger gerichteten Schreiben der Beigeladenen zu 4. vom 11. Oktober 1994 ist von einem "bühnenreifen Auftritt" des Klägers die Rede. Schließlich hat auch der Kläger diesen Ablauf nicht bestritten, sondern sich lediglich darauf beschränkt, die Notwendigkeit der geforderten Zusatzabrede in Frage zu stellen, worauf es jedoch - wie ausgeführt - nicht ankommt. Soweit er im Verfahren L 1 KR 20/98 vorgetragen hat, er habe nach der Unterzeichnung des Arbeitsvertrages wieder Rückenschmerzen bekommen, erklärt dies ebenfalls nicht sein "fluchtartiges" Verlassen des Betriebes ohne weitere Erklärung. Vielmehr kann dies nur so gedeutet werden, dass er sich dem Weisungsrecht des Arbeitgebers eben nicht unterstellen und die für ihn vorgesehene Tätigkeit nicht aufnehmen wollte.

Die Aufgabe des Instituts des missglückten Arbeitsversuchs ändert an dieser Beurteilung nichts, da hiervon nur Fälle erfasst wurden, in denen die Arbeit trotz Arbeitsunfähigkeit zunächst tatsächlich aufgenommen wurde, was hier aber gerade nicht der Fall war.

2. Der Kläger hat auch keinen Anspruch auf höheres Krankengeld für die Zeit vom 1. April bis 24. September 1995.

Die Höhe des Krankengeldes bei vorhergehendem Arbeitslosenhilfebezug richtete sich bis zum 31. Dezember 1997 nach [§ 158 Abs. 1 S. 1 AFG](#). Danach ist als Krankengeld der Betrag der Arbeitslosenhilfe zu gewähren, den der Versicherte zuletzt bezogen hat. Dagegen kommt

eine Bemessung des Krankengeldes nach dem im letzten vor Beginn der Arbeitsunfähigkeit abgerechneten Entgeltabrechnungszeitraum erzielten Arbeitsentgelt ([§ 47 Abs. 1](#) und 2 SGB V) nicht in Betracht, da der Kläger – wie ausgeführt – nicht in einem sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis gestanden hat und er vor Eintritt der Arbeitsunfähigkeit am 30. September 1994 kein Arbeitsentgelt bezogen hat.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#) und entspricht dem Ausgang des Rechtsstreits in der Hauptsache.

Der Senat hat die Revision gegen das Urteil nicht zugelassen, weil die Voraussetzungen des § 160 Abs. 2 Nr. 1 (grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache) oder Nr. 2 SGG (Abweichung von einer Entscheidung des Bundessozialgerichts, des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts) nicht vorliegen.

Rechtskraft

Aus

Login

HAM

Saved

2010-08-31