

B 1 KR 5/01 R

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

Datum
29.04.1999
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
-

Datum
20.10.2000
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
B 1 KR 5/01 R

Datum
19.09.2002
Kategorie
Urteil

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 20. Oktober 2000 wird zurückgewiesen. Kosten des Revisionsverfahrens sind nicht zu erstatten.

Gründe:

I

Der Kläger ist ausgebildeter Isolierer und hat überwiegend in der Baubranche in seinem erlernten Beruf, zuletzt bis Ende 1996 als Maurerpolier gearbeitet. Am 3. Februar 1997 meldete er sich arbeitslos und beantragte Arbeitslosengeld, das er bis 29. September 1997 bezog. Auf seinen Rentenanspruch vom 4. April 1997 gewährte die Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (BfA) vom 30. September bis 28. Oktober 1997 zunächst ein Heilverfahren mit Übergangsgeld, nach dessen Abschluss der Kläger für arbeitsunfähig gehalten wurde und von der Beklagten Krankengeld erhielt. Nach Begutachtung durch den Medizinischen Dienst der Krankenversicherung lehnte die Beklagte die Weitergewährung von Krankengeld über den 7. Dezember 1997 hinaus ab, weil der Kläger für leichte Arbeiten in wechselnder Arbeitshaltung einsatzfähig sei. Die Arbeitsfähigkeit könne nicht an der zuletzt ausgeübten Tätigkeit gemessen werden; vielmehr seien alle Arbeiten zumutbar, auf die der Kläger nach dem Recht der Arbeitslosenversicherung verwiesen werden könne (Bescheid vom 13. Januar 1998, Widerspruchsbescheid vom 12. August 1998).

Das gleichzeitig weiter betriebene Rentenverfahren führte schließlich zur Anerkennung von Berufsunfähigkeit ab dem 31. Januar 1996 und zur Rentenbewilligung ab dem 29. Oktober 1997, dem Ende des Heilverfahrens (Rentenbescheid vom 10. September 2001). Vom 1. Januar 1998 bis 8. März 1998 wurde die Rente wegen Zusammentreffens mit Arbeitslosengeld nicht ausgezahlt.

Die Klage auf Weitergewährung von Krankengeld hatte in erster Instanz Erfolg. Mit Urteil vom 29. April 1999 hat das Sozialgericht (SG) die Beklagte verpflichtet, Krankengeld in gesetzlicher Höhe über den 7. Dezember 1997 hinaus bis zur Erschöpfung des Anspruchs zu leisten. Das Landessozialgericht (LSG) hat dieses Urteil jedoch aufgehoben und die Klage abgewiesen (Urteil vom 20. Oktober 2000). Es hat die bisher von der Rechtsprechung für die während einer Beschäftigung eintretende Arbeitsunfähigkeit entwickelten Grundsätze unter Hinweis auf das Urteil des Senats vom 8. Februar 2000 ([B 1 KR 11/99 R - BSGE 85, 271 = SozR 3-2500 § 49 Nr 4](#)) wiedergegeben und ausgeführt, dass sich der Kläger auf diese Rechtsprechung nicht berufen könne, weil bei ihm die Arbeitsunfähigkeit während der Arbeitslosigkeit eingetreten sei. Für diesen Fall bestimmten die Arbeitsunfähigkeits-Richtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen (AU-RL) in Ziff 4 denjenigen Tätigkeitsbereich zum Maßstab der Arbeitsunfähigkeit, der für eine Vermittlung des Arbeitslosen in Betracht komme; auf die vor der Arbeitslosigkeit ausgeübte Erwerbstätigkeit sei nicht abzustellen.

Mit der vom Senat zugelassenen Revision rügt der Kläger die Verletzung von [§ 44 Abs 1](#), [§ 48 Abs 1](#) und [§ 92 Abs 1](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V). Die bei Entlassung aus dem Heilverfahren festgestellte Arbeitsunfähigkeit habe einen Anspruch auf Krankengeld von insgesamt 78 Wochen ausgelöst. Am Gesundheitszustand habe sich seither nichts geändert, sodass er weiterhin außer Stande sei, als Maurerpolier oder in einer gleichartigen Tätigkeit erwerbstätig zu sein. Deshalb sei er weiterhin arbeitsunfähig. Arbeitsunfähigkeit im Sinne der Krankenversicherung sei nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) auch bei einem arbeitslosen Versicherten bereits dann gegeben, wenn er den gesundheitlichen Anforderungen seines früheren oder eines vergleichbaren Arbeitsplatzes nicht gewachsen sei; die Einsatzfähigkeit auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt, auf die im Rahmen der Arbeitslosenversicherung abgestellt werde, sei nicht maßgebend. Die Arbeitslosmeldung bedeute keine Lösung vom bisherigen Beruf. Etwas anderes gelte lediglich in einem neuen Dreijahreszeitraum, wenn der Versicherte im bisherigen Beruf durchgehend und weiterhin arbeitsunfähig sei, wie das BSG im Urteil vom 28. September 1993 ausgeführt habe ([BSGE 73, 121 = SozR 3-4100 § 158 Nr 1](#)). Aus dem Umstand, dass die Arbeitsunfähigkeit in seinem Falle

erst nach dem Verlust des Arbeitsplatzes festgestellt worden sei, lasse sich schon deshalb kein Einwand gegen den geltend gemachten Anspruch ableiten, weil er bereits seit Januar 1996 auf Kosten seiner Gesundheit gearbeitet habe, wie sich im Rentenverfahren ergeben habe. Denn die BfA habe bereits für diesen Zeitpunkt eine wesentliche Minderung der Erwerbsfähigkeit anerkannt. Käme es nicht auf den Zeitpunkt der gesundheitlichen Leistungsminderung, sondern entsprechend der Auffassung im angefochtenen Urteil auf den Zeitpunkt der Arbeitsunfähigkeit oder ihrer Feststellung an, wären zufällige, nicht nachvollziehbare Ergebnisse zu befürchten. Da die AU-RL in diesem Punkt gegen höherrangiges Recht verstießen, seien sie unbeachtlich.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 20. Oktober 2000 aufzuheben und die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts Mannheim vom 29. April 1999 zurückzuweisen.

Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Sie hält das angefochtene Urteil für zutreffend. Legte man die Auffassung des Klägers zu Grunde, wäre die Fortzahlung des Arbeitslosengeldes durch das Arbeitsamt nach [§ 126 SGB III](#) an andere Voraussetzungen geknüpft als der sich gegebenenfalls daran anschließende Krankengeldanspruch. Die andere Behandlung des Versicherten, der während des bestehenden Arbeitsverhältnisses die Fähigkeit verliere, seine bisherige Tätigkeit weiterhin auszuüben, sei durch das Versicherungsprinzip gerechtfertigt. Das habe der erkennende Senat im Urteil vom 14. Februar 2001 bereits ausgeführt (BSG [SozR 3-2500 § 44 Nr 9](#)).

II

Die Revision ist zulässig, aber nicht begründet. Das LSG ist zutreffend zum Ergebnis gekommen, dass dem Kläger im streitigen Zeitraum ab dem 8. Dezember 1997 kein Anspruch auf Krankengeld zustand. Infolgedessen hat es das zuspreekende Urteil des SG zu Recht aufgehoben und die Klage abgewiesen.

Die Klage ist zulässig. Hierzu braucht nicht geklärt zu werden, ob das begehrte Krankengeld höher gewesen wäre als das zunächst an seiner Stelle bezogene Arbeitslosengeld bzw als die letztlich gezahlte Rente. Mit Rücksicht auf das von der Beklagten mitgeteilte Ende der bei ihr bestehenden Mitgliedschaft des Klägers zum 8. März 1998, besteht schon deshalb ein rechtlich schützenswertes Interesse an der Entscheidung über die dem Kläger zustehenden Ansprüche, weil der umstrittene Krankengeldanspruch nach [§ 192 Abs 1 Nr 2 SGB V](#) gleichzeitig die Fortsetzung der Mitgliedschaft bei der Beklagten begründet hätte. Etwas anderes könnte allenfalls dann gelten, wenn die inzwischen erfolgte Rentenbewilligung den Krankengeldanspruch von vornherein ausschliesse. Das trifft jedoch nicht zu. Dabei kommt es nicht auf die jeweilige Leistungshöhe an, weil bereits die Grundvoraussetzung für eine Anrechnung nach [§ 50 Abs 2 Nr 2 SGB V](#) nicht erfüllt ist, wenn die Rente - wie im Falle des Klägers - ab demselben Tage zuerkannt wird, an dem auch der (mögliche) Krankengeldanspruch beginnt (Schmidt in Peters, Handbuch der KV, Stand Oktober 2001, § 50 RdNr 98 mwN).

Die demnach zulässige Klage ist jedoch nicht begründet. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Krankengeld über den 8. Dezember 1997 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 der Kläger auch ab dem 8. Dezember 1997 gesundheitlich nicht mehr in der Lage, als Maurerpolier oder in einer vergleichbaren Tätigkeit zu arbeiten, während er an leichten Tätigkeiten in wechselnder Körperhaltung nicht gehindert war. Demnach wäre er als arbeitsunfähig zu beurteilen, wenn der inzwischen aufgegebene Beruf weiter maßgebend wäre. Käme es demgegenüber nicht mehr auf die besonderen Anforderungen der früheren Tätigkeit des Klägers an, hätte die Beklagte ihn zu Recht als arbeitsfähig behandelt und ihm die Weitergewährung von Krankengeld versagt.

Für die Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit des Klägers ist nicht auf die Beschäftigung als Maurerpolier abzustellen, denn der Kläger war zwischenzeitlich nicht als Beschäftigter, sondern über einen längeren Zeitraum als Bezieher 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 Versicherungsfalles" 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 iS 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 seines Beschäftigungsverhältnisses als Maurerpolier war der Kläger über längere Zeit als Bezieher von Leistungen der Arbeitslosenversicherung; sein Berufsschutz im Sinne 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. Insoweit stimmen die AU-RL des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen mit dem Gesetz überein, sodass die Revisionsanträge dagegen fehl gehen.

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 (BA) 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 Gegensatz 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 gesetztes- 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 anknüpft ([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.

Unabhängig davon, welche Schlüsse aus den dargelegten Schwierigkeiten für die Prüfung der Arbeitsunfähigkeit während der ersten sechs Monate der KVdA zu ziehen sind, bietet [§ 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 zugestehen. 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 der Kläger gegenüber der ihm gesundheitlich zumutbaren leichten vollschichtigen Tätigkeit auf einen Berufsschutz als Maurerpolier nicht berufen kann.

Daran hat sich auch durch das im Oktober 1997 durchgeführte Heilverfahren nichts geändert. Ein Heilverfahren mit Übergangsgeldbezug im Anschluss an den Bezug von Arbeitslosengeld begründet kein neues Versicherungsverhältnis, sondern setzt nach [§ 192 Abs 1 Nr 3 SGB V](#) das alte lediglich fort. Daher kann dadurch kein Berufsschutz begründet werden, der über denjenigen in der KVdA hinausgeht. Da die Versicherungspflicht des Klägers durchgehend bis zum Beginn des Krankengeldbezugs am 29. Oktober 1997 auf der KVdA beruht hat, gelten nach dem Abschluss des Heilverfahrens keine anderen Kriterien für die Arbeitsunfähigkeit als vorher.

An die ursprüngliche Beschäftigung als Maurerpolier kann schließlich auch mit Rücksicht auf die im Revisionsverfahren behauptete durchgehende Arbeitsunfähigkeit oder mit Rücksicht auf einen denkbaren früheren - in die Zeit der Beschäftigung zurückreichenden - Krankheitsbeginn 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. Deshalb hat das LSG zu Recht davon abgesehen, den Sachverhalt in dieser Richtung weiter aufzuklären.

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 (erstmal 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 des Klägers gewendet, bedeutet dies, dass eine auf den Beruf als Maurerpolier bezogene Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit allenfalls Platz greifen könnte, wenn der Wechsel zur KVdA im Februar 1997 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 des Klägers in irgendeiner Form verantwortlich sein könnte. Ärztlich bestätigte Arbeitsunfähigkeitszeiten während der letzten Berufstätigkeit als Maurerpolier sind weder im Gerichtsverfahren behauptet, noch liegen Meldungen an die Beklagte vor. Auch wenn der Rentenversicherungsträger schließlich den Versicherungsfall der Berufsunfähigkeit im Dezember 1996 anerkannt hat, kann dies die ärztliche Feststellung der Arbeitsunfähigkeit nachträglich nicht ersetzen. Der Zeitpunkt des Eintritts der Berufsunfähigkeit wurde erst mehrere Jahre später während des entsprechenden Gerichtsverfahrens festgelegt, ohne dass die erst im April 1997 beantragte Rente dadurch wesentlich beeinflusst werden konnte. Außerdem zeigen Beginnzeitpunkt und Dauer des Rentenverfahrens, dass der Beklagten eine eventuelle Fehleinschätzung keinesfalls vorgeworfen werden könnte, selbst wenn nachzuweisen wäre, dass sie damals vom Kläger eingeschaltet wurde.

Da das LSG den Anspruch zu Recht verneint hat, ist die Revision des Klägers zurückzuweisen.

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

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2003-08-19