

## B 1 KR 19/05 R

Land  
Bundesrepublik Deutschland  
Sozialgericht  
Bundessozialgericht  
Sachgebiet  
Krankenversicherung  
Abteilung

1  
1. Instanz  
SG für das Saarland (SAA)  
Aktenzeichen  
S 23 KR 147/03

Datum  
03.09.2003  
2. Instanz  
LSG für das Saarland  
Aktenzeichen  
L 2 KR 24/03

Datum  
22.06.2005  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
B 1 KR 19/05 R

Datum  
30.05.2006  
Kategorie  
Urteil  
Leitsätze

Werden Versicherte vor Ablauf des Bemessungszeitraums in ihrem entgeltlichen Beschäftigungsverhältnis arbeitsunfähig, bemisst sich ihr Krankengeldanspruch nach einer vorrangig die individuellen Verhältnisse berücksichtigenden Schätzung (Fortentwicklung von BSG vom 23.1.1973

[3 RK 22/70](#) = [BSGE 35, 126](#) = SozR Nr 57 zu § 182 RVO und BSG vom 22.6.1973 - [3 RK 90/71](#) = [BSGE 36, 55](#) = SozR Nr 59 zu § 182 RVO).

Auf die Revision der Beklagten werden das Urteil des Landessozialgerichts für das Saarland vom 22. Juni 2005 und der Gerichtsbescheid des Sozialgerichts für das Saarland vom 3. September 2003 geändert. Die Klage wird abgewiesen. Kosten sind in allen Rechtszügen nicht zu erstatten.

Gründe:

I

1

Der Kläger begehrt höheres Krankengeld (Krg) für die Zeit vom 21. bis zum 31. August 1998 und vom 23. September 1998 bis zum 7. Januar 2000.

2

Der Kläger, Mitglied der beklagten AOK, war Kesselwärter bei der Kraftwerk W. GmbH (im Folgenden: KWW). Da der Betrieb zum 30. Juni 1998 stillgelegt werden sollte, kündigte ihm die KWW zu diesem Termin. Der Kläger schloss mit Wirkung zum 1. Juli 1998 mit der S. AG (im Folgenden: S), einem der Gesellschafter der KWW, einen unbefristeten Arbeitsvertrag als Revidierer/Glüher. In diesem Vertrag wurden "die Beschäftigungsjahre bei der KWW anerkannt". Als Bruttoarbeitsentgelt waren entsprechend der tarifvertraglichen Regelung 4.398,48 DM monatlich vorgesehen, das sich aus einem festen Monatslohn und regelmäßig anfallenden Zuschlägen zusammensetzte und niedriger war als das bei der KWW bezogene Entgelt. S übernahm auch andere Arbeitnehmer der KWW. Der Kläger nahm zum 1. Juli 1998 seine Beschäftigung bei S auf. Ab dem 10. Juli 1998 war er gemäß ärztlicher Feststellung arbeitsunfähig krank. S zahlte ihm ausweislich einer Entgeltbescheinigung im Juli 1998 - einschließlich Entgeltfortzahlung - ein Nettoentgelt von 2.998,35 DM (Bruttoentgelt von 4.398,48 DM) und leistete bis zum 20. August 1998 Entgeltfortzahlung. Anschließend gewährte ihm die Beklagte Krg bis zum 7. Januar 2000, unterbrochen durch die Zeit des Übergangsgeldbezugs vom 1. bis 22. September 1998. Sie berechnete die Krg-Höhe nach dem Monatslohn für Juli 1998 einschließlich der Entgeltfortzahlung.

3

Im Oktober 2002 beanstandete der Kläger die Krg-Höhe und machte geltend, er sei bis zum 30. Juni 1998 bei der KWW beschäftigt gewesen. Das dort gezahlte Urlaubs- und Weihnachtsgeld müsse berücksichtigt werden. Die Beklagte gewährte ihm unter Berücksichtigung dieser Einmalzahlungen eine Krg-Nachzahlung in Höhe von 227,35 EUR (Bescheid vom 13. Dezember 2002). Mit seinem Widerspruch beehrte der Kläger eine weitere Zahlung, da das Krg nach dem letzten vor Eintritt der Arbeitsunfähigkeit (AU) abgerechneten Entgelt, mithin nach dem Lohn für Juni 1998 zu berechnen sei. Die Beklagte wies den Widerspruch zurück (Widerspruchsbescheid vom 24. März 2003). Das Sozialgericht (SG) hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt, dem Kläger Krg auf Grund des Verdienstes von Juni 1998 zu gewähren (Gerichtsbescheid vom 3. September 2003). Die Berufung der Beklagten ist ohne Erfolg geblieben. Das Landessozialgericht (LSG) hat

ausgeführt, nach [§ 47 Abs 2](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V) könne für die Krg-Berechnung nur ein Abrechnungszeitraum herangezogen werden, der vor Beginn der AU abgelaufen und abgerechnet sei. Ein Wechsel des Beschäftigungsverhältnisses oder seine Fortführung gemäß [§ 613a](#) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) ändere nichts an dieser klaren gesetzlichen Regelung (Urteil vom 22. Juni 2005).

4

Mit ihrer Revision rügt die Beklagte sinngemäß die Verletzung von [§ 47 Abs 1](#) und 2 SGB V. Entsprechend der höchstrichterlichen Rechtsprechung ([BSGE 53, 58](#) = SozR 2200 § 182 Nr 79) zu § 182 Reichsversicherungsordnung (RVO) könne für die Krg-Berechnung auch ein Zeitraum heranzuziehen sein, in dem schon AU bestanden habe, das Entgelt aber nach den Grundsätzen über die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall weiter gezahlt worden sei. Deshalb komme es auf das im Juli 1998 erzielte und fortgezahlte Entgelt an.

5

Die Beklagte beantragt, das Urteil des Landessozialgerichts für das Saarland vom 22. Juni 2005 und den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts für das Saarland vom 3. September 2003 zu ändern und die Klage abzuweisen.

6

Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

7

Er hält die angefochtene Entscheidung für zutreffend.

II

8

Die zulässige Revision der beklagten Krankenkasse ist begründet. Das Urteil des LSG und der Gerichtsbescheid des SG sind zu ändern und die Klage ist abzuweisen. Die Beklagte hat der Krg-Berechnung zutreffend das Arbeitsentgelt zu Grunde gelegt, das für den Kläger für Juli 1998 vereinbart, verdient und zu erwarten gewesen ist.

9

1. Die Klage ist zulässig. Zu Recht ist das LSG von einem Antrag des Klägers auf Neubescheidung iS des [§ 44 Abs 1 Satz 1](#) Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X) ausgegangen, denn der Kläger hat im Oktober 2002 hinreichend deutlich begehrt, die geleisteten Krg-Zahlungen mit dem Ziel zu überprüfen, höheres Krg unter Berücksichtigung des höheren Arbeitsentgelts bei seinem früheren Arbeitgeber KWW zu erhalten. Darüber hat die Beklagte auch entschieden.

10

2. Die Klage ist aber entgegen der Ansicht der Vorinstanzen unbegründet, sodass die Revision der Beklagten Erfolg hat. Die Beklagte hat es zu Recht abgelehnt, über die - nicht mehr im Streit stehende - Berücksichtigung von Einmalzahlungen hinaus höheres Krg für die Zeit vom 21. bis zum 31. August 1998 und vom 23. September 1998 bis zum 7. Januar 2000 zu gewähren. Nach [§ 44 Abs 1 Satz 1 SGB X](#) ist ein Verwaltungsakt, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, ua dann mit Wirkung für die Vergangenheit zurückzunehmen, wenn und soweit sich im Einzelfall ergibt, dass bei Erlass des Verwaltungsakts das Recht unrichtig angewandt worden ist und deshalb Sozialleistungen zu Unrecht nicht erbracht worden sind. Diese Voraussetzungen sind nicht erfüllt. Die Beklagte hat vielmehr das Recht richtig angewandt, indem sie dem Kläger ab dem 21. August 1998 kein höheres Krg als zuerkannt geleistet hat.

11

Höhe und Berechnung des Krg ergeben sich grundsätzlich aus [§ 47 SGB V](#). Es bedarf keiner Entscheidung, ob diese Rechtsnorm gemäß [§ 47a SGB V](#) in der ab dem 22. Juni 2000 geltenden, Einmalzahlungen einbeziehenden Fassung (Art 2 Nr 1 des Gesetzes vom 21. Dezember 2000, [BGBl I 1971](#)) entsprechend anzuwenden ist, oder ob wegen [§ 47a Abs 2 Satz 2 SGB V](#) die in der Zeit vom 21. August 1998 bis zum 7. Januar 2000 geltenden Fassungen des [§ 47 SGB V](#) (Art 3 Nr 1; Art 12 des Gesetzes vom 6. April 1998, [BGBl I 688](#); Art 21 des Gesetzes vom 22. Dezember 1999, [BGBl I 2534](#)) maßgeblich sind, die die Berücksichtigung von Einmalzahlungen ausschließen. Denn die Beklagte hat den Kläger mit der Nachzahlung von 227,35 EUR auf Grund des Bescheides vom 13. Dezember 2002 hinsichtlich der Berücksichtigung von Einmalzahlungen so gestellt, wie er denkmöglich günstigstenfalls stehen kann. Zu Recht besteht zwischen den Beteiligten kein Streit darüber, dass deshalb eine weitere Nachzahlung auf Grund des Überprüfungsverfahrens nur in Betracht kommt, wenn die Beklagte für die Berechnung der Höhe des Krg nicht das Regelentgelt nach dem für Juli 1998 vereinbarten, zu erwartenden und später gezahlten Arbeitsentgelt berechnen durfte, sondern ein anderes, höheres Arbeitsentgelt, insbesondere das zuletzt vor Eintritt der AU für Juni 1998 von KWW abgerechnete höhere Arbeitsentgelt hätte berücksichtigen müssen. Das ist aber nicht der Fall. Die Beklagte hat vielmehr zutreffend die Verhältnisse des Juli 1998 zu Grunde gelegt (dazu a) und das in diesem Monat für die Krg-Berechnung maßgebliche Arbeitsentgelt nach den individuellen Verhältnissen des Klägers geschätzt (dazu b). Denn der Krankengeldanspruch Versicherter bemisst sich nach einer Vorrangigkeit der individuellen Verhältnisse berücksichtigenden Schätzung, wenn Versicherte vor Ablauf des Bemessungszeitraums in ihrem entgeltlichen Beschäftigungsverhältnis arbeitsunfähig werden.

12

a) Die Beklagte musste für die Berechnung des Krankengeldes auf die Verhältnisse im Juli 1998 abstellen. Das folgt daraus, dass der Umfang des Versicherungsschutzes nach dem SGB V 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 Senat, Urteil vom 8. November 2005 - [B 1 KR 30/04 R](#) - RdNr 14, zur Veröffentlichung vorgesehen; vgl auch Senat, Beschluss vom 16. Dezember 2003 - [B 1 KR 24/02 B](#) - 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 Behandlung - Krankheit sie arbeitsunfähig macht. Dem entspricht es, dass sich der Maßstab für die AU allein aus dem Umfang des Versicherungsschutzes im jeweils konkret bestehenden Versicherungsverhältnis ergibt (stRspr, vgl Urteile des 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 8. November 2005 - [B 1 KR 30/04 R](#) - RdNr 16; Urteil vom 4. April 2006 - [B 1 KR 21/05 R](#) - zur Veröffentlichung vorgesehen), 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 (Senat [SozR 3-2200 § 182 Nr 9](#) S 38 f). Entsprechend kann auch der Maßstab für die Berechnung des Krg nur durch das konkret bestehende Versicherungsverhältnis bestimmt werden. 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 insoweit bereits zum früheren Recht der RVO BSG, Urteil vom 21. März 1974 - 8 U 81/73, [BSGE 37, 189](#), 193 = SozR 2200 § 560 Nr 1).

13

Diese Auslegung wird durch die gesetzliche Systematik des SGB V bestätigt. 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. Die Mitgliedschaft ist nicht nur dann als beendet iS des [§ 19 Abs 1](#) und 2 SGB V anzusehen, wenn die Eigenschaft als Krankenversicherter ganz entfällt. Schon der Wortlaut des [§ 19 Abs 2 SGB V](#) zeigt, dass das Gesetz den Übergang zu einer freiwilligen Mitgliedschaft als einen Fall der Beendigung iS von [§ 19 Abs 1 SGB V](#) ansieht. Entsprechend ist der Wechsel in ein neues Pflichtversicherungsverhältnis zu behandeln (vgl in Abgrenzung zur früheren, zur RVO entwickelten Rspr Senat, [BSGE 90, 72, 75 = SozR 3-2500 § 44 Nr 10](#) unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Senats zum Krankenkassenwechsel, [BSGE 89, 86](#), 87 f = [SozR 3-2500 § 19 Nr 4](#)).

14

Dass es für die Begründung und Höhe von Leistungsansprüchen auf die Art der Versicherung und nicht auf das Bestehen einer Versicherung an sich ankommt, unterstreicht [§ 48 Abs 2 SGB V](#). Danach kann ein Krg-Anspruch wegen der bisherigen Krankheit in einer neuen Rahmenfrist nur entstehen, wenn der Versicherte aktuell mit Anspruch auf Krg versichert ist ([BSGE 90, 72, 75 = SozR 3-2500 § 44 Nr 10](#)). Sofern dagegen in der Vergangenheit bestehende Versicherungsverhältnisse für die Krankengeldberechnung berücksichtigt werden sollen, trifft das Gesetz besondere Regelungen. So sieht [§ 19 Abs 2 Satz 1 SGB V](#) ausdrücklich einen nachgehenden Anspruch von längstens einem Monat vor, wenn die Mitgliedschaft Versicherungspflichtiger endet. Dieser Ausnahmefall greift aber nicht zu Gunsten des Klägers ein, denn dem ausgeschiedenen Mitglied stehen nachgehende Ansprüche nach [§ 19 Abs 2 Satz 1 SGB V](#) nur zu, solange keine Erwerbstätigkeit ausgeübt wird. Nachgehende Ansprüche können grundsätzlich nur solange bestehen, wie kein neues Versicherungsverhältnis begründet wird (Senat, [BSGE 89, 254](#), 255 f = [SozR 3-2500 § 19 Nr 5](#) mwN). Das aber war beim Kläger der Fall. Liegen Ausnahmefälle dieser Art (vgl zur Aufrechterhaltung der Beschäftigtenversicherung auch [§ 192 Abs 1 Nr 2 SGB V](#)) nicht vor, kann ein Leistungsanspruch, auch ein Krg-Anspruch nicht unter Berufung auf eine früher einmal ausgeübte Erwerbstätigkeit begründet werden, denn der auf diese Tätigkeit bezogene Versicherungsschutz fällt mit deren Beendigung weg ([BSGE 90, 72, 76 = SozR 3-2500 § 44 Nr 10](#) S 33). Die evtl eine andere Auslegung zulassende frühere Rechtsprechung zum SGB V hat der Senat ausdrücklich nicht aufrechterhalten ([BSGE 90, 72, 76 = SozR 3-2500 § 44 Nr 10](#) S 33).

15

Diese Grundsätze gelten auch dann, wenn das bisher bestehende Beschäftigungs- und damit das Versicherungsverhältnis so wesentlich geändert worden ist, dass es wie ein neues Versicherungsverhältnis zu bewerten ist, und nunmehr AU eintritt. Auch insoweit kann für Leistungsansprüche nur das aktuell bestehende Versicherungsverhältnis maßgeblich sein. Das entspricht dem aufgezeigten Regelungssystem und Zweck des Krg, das durch AU (oder stationäre Behandlung) entfallende Arbeitsentgelt zu ersetzen. Die im Ansatz hiervon abweichende Rechtsprechung des Senats zum Recht der RVO im Urteil vom 25. Juni 1991 ([SozR 3-2200 § 182 Nr 8](#)) ist für das Recht des SGB V insoweit ohne Bedeutung.

16

Danach bedarf es keiner Entscheidung, ob der Kläger ab 1. Juli 1998 - wie von den Beteiligten angenommen - ein neues Beschäftigungsverhältnis begonnen oder ob er sein bisheriges Arbeitsverhältnis im Rahmen des [§ 613a BGB](#) nunmehr mit S fortgeführt hat. Selbst wenn man nämlich davon ausginge, dass sich das Arbeitsverhältnis des Klägers mit der KWW (nur) in ein Arbeitsverhältnis mit S umgewandelt hat, wären in diesem Arbeitsverhältnis doch so wesentliche Änderungen vorgenommen worden, dass das fortgeführte Versicherungsverhältnis des Klägers wie ein neues zu bewerten wäre. Die Arbeitsvertragsparteien haben nicht nur ein geringeres Entgelt als zuvor vereinbart, sondern der Kläger hat auch eine gänzlich andere Tätigkeit mit einer neuen Arbeitsplatzbezeichnung angetreten. Er war bei der KWW als Kesselwärter tätig, während er bei S als Revidierer/Glüher beschäftigt wurde. Diese Änderungen sind unabhängig von der Frage des Betriebsübergangs so grundlegend, dass sich damit auch das Beschäftigungs- und das Versicherungsverhältnis wesentlich geändert hat. In jedem Fall war daher für den Krg-Anspruch auf die Verhältnisse ab 1. Juli 1998 abzustellen.

17

b) Die Beklagte hat die lückenhafte Regelung des [§ 47 SGB V](#) (dazu aa) rechtmäßig sinngemäß ergänzt, indem sie die Zahlung von Krg nicht gänzlich abgelehnt (dazu bb), sondern für die Krg-Berechnung das Regelentgelt nach den individuellen Verhältnissen des Klägers geschätzt

hat, und zwar unter Berücksichtigung des vor der ärztlichen AU-Feststellung erarbeiteten, auf dieser Grundlage für den Bemessungszeitraum zu erwartenden Arbeitsentgelts (dazu cc).

18

aa) Das SGB V enthält keine ausdrückliche Regelung darüber, ob bei Eintritt von AU zehn Tage nach Beginn eines neuen entgeltlichen Beschäftigungsverhältnisses Krg zu zahlen und ggf wie die Höhe des zu zahlenden Krg zu berechnen ist. Vielmehr ist [§ 47 SGB V](#) in allen hier in Betracht kommenden Gesetzesfassungen lückenhaft. Die Höhe des Krankengeldes errechnet sich danach bei Arbeitnehmern ausgehend von dem zuletzt vor der Krankheit maßgeblich gewesenen Arbeitsentgelt. Das Krankengeld wird grundsätzlich - die Problematik der Einmalzahlungen ausgeklammert - in Höhe von 70 vH des "erzielten" regelmäßigen Arbeitsentgelts gezahlt, soweit es der Beitragsbemessung unterliegt (= Brutto- bzw Regelentgelt, vgl [§ 226 Abs 1 Satz 1 Nr 1 SGB V](#) iVm [§ 14 Abs 1 Satz 1](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch). Für die Krankengeldberechnung ist das vom Versicherten im letzten vor Beginn der Arbeitsunfähigkeit "abgerechneten" Zeitraum, mindestens das während der letzten abgerechneten vier Wochen (Bemessungszeitraum) erzielte Arbeitsentgelt durch die Zahl der Stunden zu teilen, für die es gezahlt wurde ([§ 47 Abs 2 SGB V](#)). Ist (ua) das Arbeitsentgelt nach Monaten bemessen, gilt der dreißigste Teil des im letzten vor Beginn der Arbeitsunfähigkeit abgerechneten Kalendermonat erzielten Arbeitsentgelts als Regelentgelt. Die Regelung setzt voraus, dass in dem vor Beginn der AU liegenden Referenzzeitraum von mindestens vier Wochen Arbeitsentgelt "erzielt" und "abgerechnet" worden ist. Dagegen ist für die Krg-Berechnung nicht geregelt, was zu geschehen hat, wenn diese Voraussetzungen nicht erfüllt sind.

19

bb) Der früher auch für Krg-Streitigkeiten zuständige 3. Senat des Bundessozialgerichts (BSG) hat bereits für parallele Konstellationen im Recht der RVO (vgl zur Berücksichtigung von Überstunden: [BSGE 35, 126](#), 128 f = SozR Nr 57 zu § 182 RVO; BSG SozR 2200 § 182 Nr 59; für Phasen kurzer Zwischenbeschäftigung zwischen Zeiten der AU: [BSGE 36, 55](#), 58 f = SozR Nr 59 zu § 182 RVO) angenommen, dass wegen eines entgeltlichen Beschäftigungsverhältnisses Versicherte, deren Beschäftigungsdauer noch nicht den Bemessungszeitraum erreicht, Krg beanspruchen können. Hiervon ist auch unter Geltung des SGB V auszugehen. Der Gesetzgeber hat [§ 47 SGB V](#) in Kenntnis der zitierten BSG-Rechtsprechung entsprechend der früheren Regelung in § 182 Abs 4 bis 9 RVO ausgestaltet (vgl Entwurf eines Gesundheits-Reformgesetzes (GRG) der Bundesregierung [BT-Drucks 11/2237 S 181](#) zu § 46 des Entwurfs). Der Ausschluss dieses Kreises von Versicherten von Krg-Ansprüchen trotz gegebenenfalls gleicher Beitragsbelastung wie bei solchen Versicherten, die auf Grund schon länger dauernder Beschäftigung Krg beanspruchen können, wäre als Ungleichbehandlung zudem schwerlich zu rechtfertigen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG, [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 Senat, Urteil vom 21. Februar 2006 - [B 1 KR 11/05 R](#) -, zur Veröffentlichung vorgesehen) 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 ein hinreichender sachlicher Grund bestehen. Daran würde es in Fällen der vorliegenden Art fehlen (vgl auch Berchtold, Krankengeld, 2004, S 66 RdNr 191).

20

Die Wahl eines hinreichend langen Referenzzeitraums bezweckte, Zufallsergebnisse zu vermeiden (vgl BRat zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung des Gesetzes zur Verbesserung der wirtschaftlichen Sicherung der Arbeiter im Krankheitsfalle, [BT-Drucks 3/2864 S 2](#) zu Art 2 Nr 3 Buchst b iVm den Ausführungen zu Art 1 Nr 2), nicht aber, den Krg-Anspruch bei Unterschreitung des Referenzzeitraums auszuschließen. Das verdeutlicht auch die Rechtsprechung des BSG zum Zweck des Krg und seiner Berechnung. Krg kann grundsätzlich nur als Ersatz für diejenigen Einkünfte beansprucht werden, die der Versicherte vor Eintritt der AU bzw vor Beginn der stationären Behandlung als Arbeitsentgelt oder Arbeitseinkommen bezogen hat und die wegen der Erkrankung entfallen (vgl Senat, [BSGE 92, 260](#) = [SozR 4-2500 § 47 Nr 1](#), jeweils RdNr 6). Das Gesetz knüpft dabei an das im Bemessungszeitraum erzielte und abgerechnete Entgelt an. Bei diesem unterstellt das Gesetz zwingend, dass es das während der AU entgangene Arbeitsentgelt verlässlich wiedergibt (so bereits zu § 182 RVO Senat, [SozR 3-2200 § 182 Nr 8](#) S 32; zur Berechnung des Übergangsgeldes Urteil des 4. Senats vom 28. Februar 1991 - [4/1 RA 71/90](#) - BSG [SozR 3-2200 § 182 Nr 7](#) im Anschluss an [BSGE 47, 172](#) = [SozR 2200 § 1241 Nr 11](#)).

21

Der Gesetzgeber hat der Berechnung des Krg die sog Bezugs- bzw Referenzmethode bewusst zu Grunde gelegt, die - im Gegensatz zum Lohnausfallprinzip - unberücksichtigt lässt, wie sich das Arbeitsentgelt außerhalb des Bezugs- bzw des Bemessungszeitraums, insbesondere nach Eintritt des Leistungsfalles, entwickelt (vgl insgesamt hierzu Senat, Beschluss vom 5. Juli 2005 - [B 1 KR 7/04 R](#) - [SGB 2006, 165](#) (Vorlage an den EuGH); Senat [SozR 3-2200 § 182 Nr 8](#) S 32 f; zur Bezugsmethode vgl ua [BSGE 25, 69](#), 70 = SozR Nr 7 zu [§ 13 MuSchG](#); Höfler in Kasseler Komm, Stand September 2003, [§ 47 SGB V](#) RdNr 11). Diese auf eine vor der AU abgelaufene Entgeltperiode abstellende Methode verfolgt vor allem das Ziel, dem Versicherungsträger eine schnelle Entscheidung zu ermöglichen (BSG [SozR 2200 § 1241 Nr 3](#)); sie findet ihre innere Rechtfertigung darin, dass zukünftige - durch die AU verhinderte - Entwicklungen des Arbeitsentgelts häufig nur hypothetisch festgestellt werden könnten (BSG SozR 2200 § 182 Nr 99). Deren Berücksichtigung würde den Versicherungsträger zu einer - uU wiederholten - Neuberechnung der Leistung zwingen und damit einen Verwaltungsaufwand erfordern, der namentlich bei relativ kurzfristigen Leistungen wie dem Krg in keinem angemessenen Verhältnis mehr zu dem für den Leistungsempfänger erzielten Erfolg stünde.

22

Das den Regelungen der Entgeltfortzahlung zu Grunde liegende Lohnausfallprinzip, wonach auch die nach Beginn der AU eintretenden Änderungen zu Gunsten wie zu Ungunsten des Arbeitnehmers zu berücksichtigen sind (vgl [§ 4 Abs 1 Satz 1](#) Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG) vom 26. Mai 1994, [BGBl I 1014](#), zuletzt geändert durch Art 7 Nr 1 Buchst a Gesetz vom 19. Dezember 1998 [BGBl I 3843](#) und hierzu zB Knorr/Krasney, Entgeltfortzahlung - Krankengeld - Mutterschaftsgeld, Stand 2006, [§ 47 SGB V](#) RdNr 4 mwN), kann dagegen auf die Berechnung des Krg nicht übertragen werden, auch wenn die Entgeltfortzahlung an die Stelle eines sonst zu gewährenden Krg tritt (vgl bereits zum LFZG [BSGE 36, 59](#), 60 f = SozR Nr 60 zu § 182 RVO). Bei Sozialleistungen wie dem Krg gilt vielmehr der Grundsatz, dass nur ein

bis zum Eintritt des Versicherungsfalles (hier: die ärztliche Feststellung der AU, vgl oben) verdienten Arbeitsentgelt zu berücksichtigen ist, dagegen später eintretende Entgeltänderungen - gleichgültig worauf sie beruhen, also auch wenn sie aus einer Umgestaltung des Beschäftigungsverhältnisses herrühren - grundsätzlich unberücksichtigt bleiben ([BSGE 42, 163](#), 167 = SozR 2200 § 561 Nr 3; [BSGE 45, 126](#), 127 f, 129 mwN = [SozR 2200 § 182 Nr 26](#); SozR aaO Nr 46, 59, 92, 99; Senat [SozR 3-2200 § 182 Nr 8](#) S 33; zusammenfassend jüngst Senat, Beschluss vom 5. Juli 2005 - [B 1 KR 7/04 R](#) - RdNr 15, [SGb 2006, 165](#) mwN). Dieser Grundsatz greift nicht nur zu Ungunsten des Versicherten, sondern - zu seinen Gunsten - auch dann ein, wenn nach ärztlicher Feststellung der AU eine Lohnminderung eintritt, etwa durch eine erst zu diesem Zeitpunkt vorgesehen gewesene Verkürzung der Arbeitszeit (vgl zum Prinzip bereits Senat [SozR 3-2200 § 182 Nr 8](#) S 33 mwN). Die gesamte aufgezeigte Zweckrichtung der Referenzmethode ist indes nicht, Krg für den Fall auszuschließen, dass eine nur kurze Zeitspanne zwischen Aufnahme eines neuen oder wesentlich geänderten Beschäftigungsverhältnisses und der ärztlichen Feststellung der AU die Anwendung des für den Regelfall gesetzlich vorgesehenen Berechnungsweges nicht gestattet.

23

Das gilt sowohl, wenn bei ärztlicher Feststellung der AU Arbeitsentgelt im gesetzlich vorgesehenen Bemessungszeitraum noch nicht abgerechnet worden ist, als auch dann, wenn im Bemessungszeitraum noch kein Arbeitsentgelt in dem Sinne "erzielt" worden ist, dass es vom Versicherten nicht nur erarbeitet worden, sondern ihm tatsächlich auch zugeflossen ist. Allerdings hat die Rechtsprechung zum SGB V zunächst grundsätzlich im Anschluss an Entscheidungen zur RVO für die Berechnung des Krg auf einen im Bemessungszeitraum erarbeiteten und tatsächlich zugeflossenen Regellohn abgestellt. Die einschlägigen Entscheidungen sind im Wesentlichen zu dem ähnlich wie Krg zu berechnenden Übergangsgeld (Übg) ergangen. Als entscheidend wurde dabei angesehen, dass das Arbeitsentgelt so in die Verfügungsgewalt des Versicherten gelangt sein musste, dass er darüber bestimmen konnte (vgl zum Übg: [BSGE 52, 102, 105 f](#) = SozR 2200 § 182 Nr 75 S 138 f; Berücksichtigung jährlich wiederkehrender Zuwendungen nur, wenn sie im Bemessungszeitraum tatsächlich zugeflossen sind; ähnlich zu einer Urlaubsabgeltung BSG [SozR 3-2200 § 182 Nr 16](#) S 74 f, wo erwogen wird, ob das Vorliegen der Auszahlungsvoraussetzungen ausreichen könnte; ferner [BSGE 46, 203](#), 206 ff = [SozR 2200 § 1241 Nr 9](#) S 25 f: keine Berücksichtigung einer rückwirkend tatsächlich zugeflossenen Lohnerhöhung; die Frage, ob im Bemessungszeitraum unrichtig ermitteltes Arbeitsentgelt bei der Bemessung zu berücksichtigen ist, für den Bereich der Krankenversicherung ausdrücklich offen lassend [BSGE 53, 58](#), 62 = SozR 2200 § 182 Nr 79: nicht ausgezahlte Nachtschicht- und Erschwerniszulagen). Diese Rechtsprechung beruhte maßgeblich auf der Erwägung, dass nur die tatsächliche Verfügungsbefugnis über das Arbeitsentgelt den Lebensstandard des Versicherten faktisch bestimmen konnte, der mit der Entgeltersatzleistung Krg bzw Übg aufrechterhalten werden soll (vgl [BSGE 46, 203](#), 206 f = [SozR 2200 § 1241 Nr 9](#) S 25 f; [BSGE 52, 102, 105 f](#) = SozR 2200 § 182 Nr 75 S 138 f; siehe auch Senat [SozR 4-2500 § 47 Nr 2](#) RdNr 12).

24

Der Senat hat insoweit das strenge Zuflussprinzip aber bereits mit Blick auf die Rechtsprechung des BVerfG ([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) und die daran anknüpfende Rechtsprechung der für das Recht der Arbeitsförderung zuständigen Senate des BSG (vgl [BSGE 76, 162](#), 164 f = [SozR 3-4100 § 112 Nr 22](#) S 91 f; Berücksichtigung vorenthaltenen Gehalts beim Unterhaltsgeld; [BSGE 78, 109](#), 112 f = [SozR 3-1300 § 48 Nr 48](#) S 113; Berücksichtigung vorenthaltenen Gehalts beim Arbeitslosengeld) sowie die sich dem anschließenden Gesetzesänderungen (vgl Arbeitsförderungs-Reformgesetz vom 24. März 1997, [BGBl I 594](#), in der Sache [§ 134 Abs 1 Satz 2](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch aF (SGB III), zur Gesetzesbegründung [BT-Drucks 13/4941 S 178](#) f zu § 134 des Entwurfs; nunmehr [§ 131 Abs 1 Satz 2 SGB III](#)) modifiziert (Senat [SozR 4-2500 § 47 Nr 2](#)). Danach ist bei der Krg-Bemessung auch zunächst vorenthaltenes Arbeitsentgelt zu berücksichtigen, das dem Versicherten für den maßgeblichen Bemessungszeitraum bei Annahmeverzug des Arbeitgebers zur nachträglichen Vertragserfüllung zugeflossen ist.

25

Für die Fälle des Eintritts von AU kurz nach Aufnahme einer Beschäftigung kann zur Vermeidung ungerechtfertigter Ungleichbehandlung nichts anderes gelten. In der Konsequenz dieser Rechtsprechung liegt es, auch für den Fall der ärztlichen Feststellung der AU kurz nach Aufnahme einer neuen oder gegenüber der früheren wesentlich anderen entgeltlichen Beschäftigung den Krg-Anspruch nicht unter Berufung auf das Zuflussprinzip zu negieren. Vielmehr genügt es in diesem Ausnahmefall, dass der Versicherte mit Beginn seiner Beschäftigung bereits Entgelt verdient hat.

26

Soweit in früherer Rechtsprechung des Senats ausgeführt wird, ein völliges Fehlen des Arbeitsentgelts oder Arbeitseinkommens vor dem Beginn der AU führe in jedem Fall zum Ausschluss des Krg-Anspruchs (vgl etwa Senat [BSGE 89, 254](#), 258 f = [SozR 3-2500 § 19 Nr 5](#) S 26 ff; [BSGE 92, 260](#), 262 f = [SozR 4-2500 § 47 Nr 1](#) S 4, jeweils RdNr 8), beabsichtigte der Senat keinen völligen Ausschluss des Krg-Anspruchs. Vielmehr hat er sich insoweit mit dem grundsätzlichen Erfordernis der Entgeltlichkeit des Beschäftigungsverhältnisses für den Krg-Anspruch und nicht mit dem Sonderfall des Eintritts von AU nach kurzer Beschäftigungsdauer in einem entgeltlichen Arbeitsverhältnis befasst.

27

cc) Schließt mithin das Schweigen des [§ 47 SGB V](#) zur Krg-Berechnung in Fällen der vorliegenden Art den Krg-Anspruch nicht aus, so fehlt eine Regelung zur Bemessung seiner Höhe. Eine entsprechende Regelungslücke bestand bereits unter Geltung der RVO. Dort stellte der 3. Senat des BSG - zunächst im Zusammenhang mit der Einbeziehung von Überstunden in die "regelmäßigen wöchentlichen Arbeitsstunden" - nach dem Rechtsgedanken von § 200 Abs 2 RVO auf die Verhältnisse eines in demselben Betrieb während des gesamten Bemessungszeitraums tätig gewesenen gleichartigen Beschäftigten ab, wenn der Versicherte bei Eintritt der AU noch nicht hinreichend lange tätig gewesen war, um den Referenzzeitraum (drei Monate) abzudecken (vgl [BSGE 35, 126](#), 128 f = SozR Nr 57 zu § 182 RVO; vgl auch BSG SozR 2200 § 182 Nr 59). Diesen Rechtsgedanken hat das BSG später auch zur Bemessung des Regelentgelts herangezogen, wenn nach einer Phase der AU und kurzer, den Bemessungszeitraum von vier Wochen unterschreitender Zwischenbeschäftigung das Regelentgelt zu bestimmen war ([BSGE 36, 55](#), 57 f = SozR Nr 59 zu § 182 RVO). Damit sollte an ein möglichst aktuelles, den tatsächlichen Verhältnissen nahe kommendes, von Zufälligkeiten bereinigtes, einfach und ohne unzumutbare Mehrarbeit feststellbares Lohnniveau angeknüpft werden. Dieser Grundgedanke einer objektivierenden Schätzung ist zur Lückenfüllung auch bei [§ 47 SGB V](#) und auch dann zu Grunde zu legen, wenn

es um die Berechnung der Krg-Höhe bei Eintritt von AU vor Ablauf des Bemessungszeitraums in einem neuen oder wesentlich geänderten Versicherungsverhältnis geht, zumal § 200 Abs 2 Satz 4 RVO weiterhin gilt.

28

Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des BVerfG zur Beitragsbemessung und Leistungsgewährung bei Einmalzahlungen ([BVerfGE 92, 53, 71 = SozR 3-2200 § 385 Nr 6 S 21; BVerfGE 102, 127 = SozR 3-2400 § 23a Nr 1](#)) bedarf es aber der noch stärkeren Berücksichtigung der individuellen Verhältnisse. Grundsätzlich ist zwar auch unter der Geltung des SGB V davon auszugehen, dass es zur Ermittlung des Regelentgelts bei kurzfristiger Erkrankung nach Beschäftigungsbeginn einer Schätzung bedarf. Während der 3. Senat des BSG es aber bisher als entscheidend angesehen hat, was ein gleichartig Beschäftigter in dem bei Eintritt der AU zuletzt abgerechneten, mindestens vier Wochen umfassenden Entgeltabrechnungszeitraum durchschnittlich verdient hat, hält der erkennende 1. Senat diese Vorgehensweise nicht mehr aufrecht. Er stellt nunmehr - soweit dies nach den tatsächlichen Umständen möglich ist - auf die Verhältnisse des konkreten Versicherten, hier also des Klägers, nicht auf diejenigen von vergleichbar Beschäftigten ab und verfährt wie folgt: Ist - wie vorliegend - bei Eintritt der AU Arbeitsentgelt noch nicht für mindestens vier Wochen erzielt und abgerechnet worden, muss das Arbeitsentgelt geschätzt werden. Ausgangspunkt sind dabei in erster Linie die von den Arbeitsvertragsparteien getroffenen und praktizierten Vereinbarungen über die Höhe des Arbeitsentgelts. Bei hinreichender Aussagekraft kann zB ein fest vereinbartes Monatsgehalt zu Grunde gelegt werden. Auch bei variablen Lohnbestandteilen sind vorrangig die individuellen, nach dem Inhalt des Arbeitsvertrages vorausgesetzten Verhältnisse in die Schätzung einzubeziehen. Erst dann, wenn diese Vorgehensweise nicht weiterführt, ist auf die Verhältnisse bei einem gleichartig Beschäftigten, zB einem Arbeitskollegen, abzustellen.

29

Vor allem die zitierte Rechtsprechung des BVerfG zu den Einmalzahlungen gibt Anlass, die aufgezeigte Rechtsprechung des BSG zur Gesetzesergänzenden Methode der Krg-Bemessung fortzuentwickeln. Denn gemäß [Art 3 Abs 1](#) Grundgesetz sind Äquivalenzabweichungen im Leistungsrecht bei Versichertengruppen mit gleichen Beitragsleistungen ohne hinreichenden sachlichen Grund zu vermeiden. Dies erfordert hier, sich so weit wie möglich an den individuellen Verhältnissen auszurichten. Die Grenze einer Schätzung auf Grund der Individualsituation ist erst erreicht, wenn dadurch nicht mehr dem Regelungszweck genügt wird, sich den tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnissen anzunähern und zugleich Zufallsergebnisse zu vermeiden. Erst dann ist es auch weiterhin geboten, nach dem Rechtsgedanken von § 200 Abs 2 Satz 4 RVO auf das durchschnittliche kalendertägliche Arbeitsentgelt eines gleichartigen Beschäftigten abzustellen. Damit wird im Ergebnis auch der Kritik von Teilen der Literatur Rechnung getragen, die bisherige Rechtsprechung zur Lückenfüllung entferne sich zweckwidrig voreilig von den konkreten individuellen Verhältnissen, wenn diese hinreichend aussagekräftig seien (vgl Schmidt in H. Peters, Handbuch der KV, Bd 2, 19. Aufl, Stand 15. April 2002, § 47 RdNr 68 f, mwN; vgl auch Höfler in Kasseler Kommentar, Stand März 2001, [§ 47 SGB V](#), RdNr 20; Vay in Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Stand Juni 2003, [§ 47 SGB V](#) RdNr 18).

30

Nennenswerte praktische Schwierigkeiten sind bei den nunmehr vom Senat geforderten Feststellungen nicht zu erwarten. So geht die Praxis im Anschluss an das (nicht außenrechtsverbindliche) Rundschreiben der Spitzenverbände der Sozialleistungsträger vom 12. Mai 1987 (unter 1.1.1.1.2.1. - 4, abgedruckt in Otto/Moers, SGB KV, RdSchr 87a; darauf verweisend Gerlach in Hauck/Noftz, SGB V, § 47 RdNr 4) offenbar selbst ohne wesentliche Unzuträglichkeiten davon aus, grundsätzlich sei das vom Beginn des Beschäftigungsverhältnisses an bis zum Tage der AU erzielte (wohl: iS von "erarbeitete") Arbeitsentgelt zu Grunde zu legen, im Falle des Vorhandenseins einer Abrechnung von Arbeitsentgelt mit einem kürzeren als vier Wochen umfassenden Zeitraum dieser Zeitraum.

31

Der Fall des Klägers bietet dagegen keinen Anlass, die Frage zu vertiefen, ob auf der Grundlage der aufgezeigten Grundsätze Raum dafür bleibt, in Sonderkonstellationen an Stelle des gesetzlich vorgegebenen Referenzzeitraumprinzips zum Lohnausfallprinzip überzuwechseln (dafür wohl Berchtold, Krankengeld, S 66 RdNr 192). Soweit der 2. Senat des BSG dies in Urteilen zum Verletztengeld der gesetzlichen Unfallversicherung befürwortet hat ([BSGE 84, 41, 45 = SozR 3-2200 § 561 Nr 2 S 11](#) und [BSG SozR 4-2700 § 47 Nr 1](#)), hat er betont, dass es sich um geringfügig Beschäftigte handele; für diese stellt sich die entsprechende Problematik im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung nicht. Der Kläger des vom Senat zu entscheidenden Rechtsstreits war nicht nur geringfügig beschäftigt.

32

dd) Ausgehend von den aufgezeigten Grundsätzen hat es die Beklagte zutreffend für die Krg-Höhe als maßgeblich angesehen, was der Kläger auf Grund seines Arbeitsvertrags und des für ihn geltenden Tarifvertrags unter Einbeziehung von Zuschlägen und unter Berücksichtigung der regelmäßigen Arbeitszeit auch an Samstagen und Sonntagen bereits an Entgelt beanspruchen konnte und was er insgesamt danach für den als Abrechnungsperiode vereinbarten ersten Monat - Juli 1998 - als Entgelt zu erwarten hatte. Diese Schätzung findet darin ihre Bestätigung, dass dieses Entgelt dem Kläger erwartungsgemäß später auch als Arbeitsentgelt und Entgeltfortzahlung für Juli 1998 gezahlt worden ist.

33

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

Rechtskraft

Aus

Login

BRD

Saved

2006-09-19