

**Wer vor dem ersten Arbeitstag krank wird, bekommt keinen "Lohnausfall"**

Schließt eine - bisher über den Mann "mitversicherte" - Frau einen Arbeitsvertrag für ein befristetes Beschäftigungsverhältnis ab, wird sie aber einige Tage vor der Arbeitsaufnahme arbeitsunfähig krank, so kann sie vom geplanten Arbeitsbeginn an kein Krankengeld von ihrer Krankenkasse verlangen. Das BSG sah in der geplanten Arbeitsaufnahme keinen Grund, ihr einen Lohn zu ersetzen, der noch gar nicht entstanden war, also auch noch nicht "wegfallen" konnte.

Quelle: Wolfgang Büser

**Kein Krankengeldanspruch auf Aufnahme der Arbeitstätigkeit**

<b>Gericht:</b> BSG	<b>Entscheidungsform:</b> Urteil
<b>Datum:</b> 04.03.2014	<b>Referenz:</b> JurionRS 2014, 11922
<b>Aktenzeichen:</b> B 1 KR 64/12 R	<b>ECLI:</b> [keine Angabe]

**Verfahrensgang:**

vorgehend:

LSG Nordrhein-Westfalen - 14.08.2012 - AZ: L 1 KR 473/11

**Fundstellen:**

BSGE 115, 158 - 164

Breith. 2015, 221-227

FA 2015, 63

info also 2014, 274

NJW 2014, 10

SGb 2014, 260

ZAP EN-Nr. 531/2014

---

**BSG, 04.03.2014 - B 1 KR 64/12 R**

in dem Rechtsstreit

Az: B 1 KR 64/12 R

L 1 KR 473/11 (LSG Nordrhein-Westfalen)

S 26 KR 25/09 (SG Köln)

.....,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte: .....

gegen

AOK Rheinland/Hamburg - Die Gesundheitskasse,

Kasernenstraße 61, 40213 Düsseldorf,

Beklagte und Revisionsklägerin.

Der 1. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. März 2014 durch den Präsidenten M a s u c h , die Richter C o s e r i u und Dr. E s t e l m a n n sowie die ehrenamtlichen Richter B u n g a r t und S c h w i l l

für Recht erkannt:

#### **Tenor:**

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 14. August 2012 aufgehoben. Die Berufung der Klägerin gegen den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Köln vom 29. Juli 2011 wird zurückgewiesen.

Kosten sind auch im Berufungs- und Revisionsverfahren nicht zu erstatten.

#### **Gründe**

I

- 1 Die Beteiligten streiten über die Gewährung von Krankengeld (Krg) für die Zeit vom 29.10. bis zum 23.11.2007.
- 2 Die 1973 geborene, bei der beklagten Krankenkasse (KK) versicherte Klägerin schloss am 17.10.2007 mit einem Einzelhandelsunternehmen einen befristeten Arbeitsvertrag über eine Vollzeitbeschäftigung (29.10. bis 31.12.2007). Die Klägerin befand sich ab dem 22.10.2007 in stationärer Behandlung und war nach ärztlicher Feststellung bis 23.11.2007 arbeitsunfähig. Die Klägerin nahm die Arbeit am 24.11.2007 auf. Die Beklagte lehnte die Gewährung von Krg ab. Eine Versicherung mit Anspruch auf Krg habe vor dem 24.11.2007 nicht bestanden (Ausgangsbescheid vom 11.1.2008, Überprüfungsbescheid vom 27.1.2009, Widerspruchsbescheide vom 29.1.2009 und 25.6.2009). Mit ihrer gegen den als verfristet verworfenen Widerspruchsbescheid vom 29.1.2009 erhobenen Klage hat die Klägerin ihr Begehren aufrechterhalten. Gegen den weiteren, den Überprüfungsbescheid bestätigenden Widerspruchsbescheid hat die Klägerin ebenfalls Klage erhoben. Das SG hat die Sachen verbunden und die Klage abgewiesen (Gerichtsbescheid vom 29.7.2011). Auf die Berufung der Klägerin hat das LSG nach Hinweis, die Gesamtentscheidung sei bereits Gegenstand der ersten Klage, und Rücknahme der zweiten Klage den Gerichtsbescheid aufgehoben und die Beklagte zur Zahlung von Krg vom 29.10. bis 23.11.2007 verurteilt: Maßgeblich für den Beginn der Mitgliedschaft mit Anspruch auf Krg sei der vertraglich vereinbarte Beginn des Beschäftigungsverhältnisses (Urteil vom 14.8.2012).
- 3 Mit ihrer Revision rügt die Beklagte die Verletzung des § 186 Abs 1 SGB V . Der Gesetzgeber des Gesetzes zur sozialrechtlichen Absicherung flexibler Arbeitszeitregelungen habe mit der Neuregelung des § 186 Abs 1 SGB V zwar den Beginn des Beschäftigungsverhältnisses nicht mehr von der tatsächlichen Aufnahme der Beschäftigung abhängig machen wollen, jedoch von einem bestehenden Arbeitsentgeltanspruch. Dem entspreche auch der Zweck des Krg, einen infolge Arbeitsunfähigkeit (AU) entfallenen Arbeitsentgeltanspruch abzusichern.
- 4 Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 14. August 2012 aufzuheben und die Berufung der Klägerin gegen den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Köln vom 29. Juli 2011 zurückzuweisen.

5 Die Klägerin beantragt,  
die Revision zurückzuweisen.

6 Sie hält die angegriffene Entscheidung für zutreffend.

II

- 7 Die zulässige Revision der beklagten KK ist begründet. Der Senat ist prozessual an einer Entscheidung nicht gehindert (dazu 1.). Die Revision führt zur Aufhebung des LSG-Urteils und zur Wiederherstellung des klageabweisenden Gerichtsbescheids des SG. Das LSG hat die Beklagte zu Unrecht zur Gewährung von Krg für die Zeit vom 29.10. bis 23.11.2007 verurteilt. Denn die Klägerin war nicht nur in der Zeit vom 22. bis 28.10.2007 als Familienversicherte nach § 10 SGB V ohne Anspruch auf Krg versichert (vgl § 44 Abs 2 S 1 Nr 1 SGB V ). Sie erfüllte auch in der Folgezeit bis einschließlich 23.11.2007 nicht die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Krg, weil sie vor dem 24.11.2007 nicht in das vereinbarte Beschäftigungsverhältnis eintrat, sondern ihren Status als Familienversicherte beibehielt (dazu 2.).
- 8 1. Im Revisionsverfahren fortwirkende prozessrechtliche Umstände, die einer Sachentscheidung des Senats entgegenstehen könnten, liegen nicht vor.
- 9 Gegenstand der kombinierten Anfechtungs- und Leistungsklage sind sowohl die Ausgangs- als auch die Überprüfungsentscheidung ( § 44 Abs 1 SGB X ) über die Gewährung von Krg (Bescheide vom 11.1.2008 und 27.1.2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 29.1.2009). Der vor Erlass des Widerspruchsbescheides ergangene Überprüfungsbescheid wurde in analoger Anwendung des § 86 SGG Gegenstand des Widerspruchsverfahrens (vgl entsprechend BSG Urteil vom 17.6.2008 - B 8 AY 11/07 R - [...] RdNr 10; BSG Urteil vom 14.4.2011 - B 8 SO 12/09 R - [...] RdNr 11, in BSGE 108, 123 [BSG 14.04.2011 - B 8 SO 12/09 R] = SozR 4-3500 § 82 Nr 7 nicht abgedruckt). Die Beklagte entschied im Widerspruchsverfahren auch über das Überprüfungsbegehren mit. Sie nahm nämlich im Widerspruchsbescheid vom 29.1.2009 hierauf Bezug und überprüfte in der Sache die Rechtmäßigkeit des Ausgangsbescheides vom 11.1.2008. Sie erfüllte damit auch insoweit die Sachurteilsvoraussetzung der Durchführung eines Widerspruchsverfahrens. Es ist hierfür unerheblich, dass sie zusätzlich den Widerspruch unzutreffend in vollem Umfang als unzulässig zurückwies.
- 10 2. Die Klägerin war in der Zeit vom 29.10. bis 23.11.2007 nicht als entgeltlich Beschäftigte mit Anspruch auf Krg versichert. Das Versicherungsverhältnis bestimmt, wer in welchem Umfang als "Versicherter" Anspruch auf Krg hat (stRspr, vgl BSGE 111, 9 = SozR 4-2500 § 192 Nr 5 , RdNr 9 mwN). Gemäß § 44 Abs 1 S 1 SGB V (idF durch Art 1 Gesetz zur Strukturreform im Gesundheitswesen - Gesundheits-Reformgesetz [GRG] - vom 20.12.1988, BGBl I 2477, mWv 1.1.1989) haben "Versicherte" Anspruch auf Krg, wenn Krankheit sie arbeitsunfähig macht oder sie auf Kosten der KK stationär in einem Krankenhaus, einer Vorsorge- oder Rehabilitationseinrichtung behandelt werden. Dabei ist für den geltend gemachten Krg-Anspruch an den jeweils in Betracht kommenden Entstehenstatbestand anzuknüpfen; das ist hier der maßgebliche Versicherungsstatus während der stationären Krankenhausbehandlung. Wird Krg während eines bestehenden entgeltlichen Beschäftigungsverhältnisses wegen Krankenhausbehandlung gewährt, ist für den Umfang des Versicherungsschutzes grundsätzlich auf den Tag abzustellen, an dem die Krankenhausbehandlung beginnt ( § 46 S 1 Nr 1 SGB V ). Geht es dagegen um einen Krg-Anspruch wegen Neueintritts in ein Beschäftigungsverhältnis während bereits andauernder Krankenhausbehandlung - wie hier bis 5.11.2007 - und sich anschließender ärztlich festgestellter AU - hier bis 23.11.2007 -, ist der Tag des Eintritts in das Beschäftigungsverhältnis maßgeblich. Die Mitgliedschaft versicherungspflichtig Beschäftigter beginnt nämlich hiermit (vgl § 186 Abs 1 SGB V ,

hier anzuwenden idF durch Art 3 Nr 3 Gesetz zur sozialrechtlichen Absicherung flexibler Arbeitszeitregelungen [FlexiG] vom 6.4.1998, BGBl I 688, rückwirkend in Kraft getreten zum 1.1.1998, vgl Art 12 Abs 1, Art 14 FlexiG). Die Klägerin wurde indes erst mit der tatsächlichen Aufnahme der Beschäftigung am 24.11.2007 versicherungspflichtig mit Anspruch auf Krg ( § 5 Abs 1 Nr 1 SGB V ).

- 11** Der erkennende Senat hat es bislang ausdrücklich offengelassen, ob es für den "Eintritt in das Beschäftigungsverhältnis" für den Fall des Bestehens von AU bei Beschäftigungsbeginn ausreicht, dass ein Anspruch auf Arbeitsentgelt auch ohne tatsächliche Arbeitsaufnahme entsteht (vgl BSG SozR 4-2500 § 44 Nr 4 RdNr 16; BSGE 98, 33 [BSG 14.12.2006 - B 1 KR 9/06 R] = SozR 4-2500 § 47 Nr 6 , RdNr 20; ebenso der 12. BSG-Senat zu einem Sachverhalt vor dem 1.1.1998, vgl BSGE 83, 186, 189 [BSG 10.12.1998 - B 12 KR 7/98 R] = SozR 3-2500 § 186 Nr 7 S 21). Er ist für den Eintritt in ein Beschäftigungsverhältnis nach § 175 SGB III aF (entsprechend: § 216b SGB III ) allerdings bereits davon ausgegangen, 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 (BSGE 98, 33 [BSG 14.12.2006 - B 1 KR 9/06 R] = SozR 4-2500 § 47 Nr 6 , RdNr 20). Er bejaht die Frage nunmehr für die Zeit ab 1.1.1998: Der "Eintritt in das Beschäftigungsverhältnis" zur Begründung einer Versicherungspflicht aufgrund Beschäftigung gegen Arbeitsentgelt ( § 5 Abs 1 Nr 1 SGB V ) erfordert in diesem Sinne, dass ein entgeltliches Beschäftigungsverhältnis in Vollzug gesetzt wird. In ein Beschäftigungsverhältnis tritt ein, wer entweder eine entgeltliche Beschäftigung tatsächlich aufnimmt oder trotz Nichtaufnahme dennoch einen Anspruch auf Arbeitsentgelt erwirbt, etwa weil er von der Arbeitsverpflichtung - gegebenenfalls auch einseitig durch den Arbeitgeber - freigestellt ist oder wegen AU einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung hat (vgl auch BSG SozR 4-2400 § 7 Nr 9 RdNr 18; vgl ebenso Baier in Krauskopf, Soziale Krankenversicherung Pflegeversicherung, Stand September 2013, § 186 SGB V RdNr 6; Gerlach in Hauck/Noftz, SGB V , Stand Februar 2014, K § 186 RdNr 11; Michels in Becker/Kingreen, SGB V, 3. Aufl 2012, § 186 RdNr 5; Peters in Kasseler Komm, SGB V , Stand 1.12.2013, § 186 RdNr 10; Schermer in Orłowski/Rau/Schermer/Wasem/Zipperer, GKV-Komm SGB V , Stand November 2013, § 186 RdNr 9; Sommer in Peters, Handbuch der Krankenversicherung, Bd 4, 19. Aufl, Stand 1.1.2013, § 186 SGB V RdNr 13; aA - einen bloßen Vertragsbeginn ausreichen lassend - Hänlein in LPK SGB V, 4. Aufl 2012, § 186 RdNr 5). Der Wortlaut des § 186 Abs 1 SGB V idF des FlexiG lässt diese Auslegung zu (dazu a). Sie folgt aus der Entstehungsgeschichte des § 186 Abs 1 SGB V idF des FlexiG (dazu b) in Einklang mit der Regelungssystematik (dazu c) und dem Regelungszweck (dazu d). Der bloße Abschluss eines Arbeitsvertrages und der Eintritt des dort geregelten kalendermäßigen Beginns des Beschäftigungsverhältnisses ohne Begründung eines Anspruchs auf Arbeitsentgelt - wie im Falle der Klägerin (dazu e) - genügen dagegen nicht. Es bedarf hier im Übrigen keiner Vertiefung, wann die Pflichtmitgliedschaft einer Arbeitnehmerin wieder beginnt, die während eines unbezahlten Urlaubs geendet hatte, wenn der vereinbarten Arbeitsaufnahme das Beschäftigungsverbot nach dem Mutterschutzgesetz entgegensteht (vgl dazu BSGE 83, 186, 189 ff [BSG 10.12.1998 - B 12 KR 7/98 R] = SozR 3-2500 § 186 Nr 7 S 21 ff).
- 12** a) Der Wortlaut der Regelung, die auf den Tag des Eintritts in das "Beschäftigungsverhältnis" abstellt, lässt es zu, hierfür ein Invollzugsetzen eines entgeltlichen Beschäftigungsverhältnisses im dargelegten Sinne zu verlangen. Er knüpft nicht mehr - wie die zuvor geltende Fassung - in einem engeren Sinne an den Tag des Eintritts in die "Beschäftigung" an. Der Typusbegriff der Beschäftigung (vgl zur Legaldefinition § 7 Abs 1 SGB IV ; zur Verfassungsmäßigkeit vgl BVerfG SozR 3-2400 § 7 Nr 11) setzt grundsätzlich die tatsächliche Erbringung von Arbeit auf der Grundlage eines Rechtsverhältnisses voraus, das die Verpflichtung hierzu begründet (vgl zB BSGE 103, 17 [BSG 11.03.2009 - B 12 R 11/07 R] = SozR 4-2400 § 7a Nr 2 , RdNr 11 und zur Funktion RdNr 15 f mwN; daran anknüpfend etwa BSG Urteil vom 4.6.2009 - B 12 R 6/08 R - [...] RdNr 11, 15 = USK 2009-72). Die durch Art 3 Nr 3 FlexiG geänderte Fassung sollte demgegenüber gerade Lebenssachverhalte einbeziehen, in denen keine tatsächliche Erbringung von Arbeit erfolgte, wohl aber der Bezug von Arbeitsentgelt während einer Freistellung (vgl sogleich zu b und etwa die parallele Erweiterung der Regelung in § 7 Abs 1a SGB IV durch das FlexiG mit Blick auf die Zahlung von Arbeitsentgelt aus Wertguthaben).

- 13 b) Die Entstehungsgeschichte der Norm belegt, dass nach dem Willen des Gesetzgebers für den "Eintritt in das Beschäftigungsverhältnis" anstelle tatsächlicher Aufnahme entgeltlicher Tätigkeit auch der Erwerb von Ansprüchen auf Arbeitsentgelt ohne Tätigkeitsaufnahme genügt. Der Gesetzgeber zielte mit den einschlägigen Änderungen des FlexiG darauf ab, die Flexibilisierung der Arbeitszeit sozialversicherungsrechtlich durch neue Rahmenbedingungen zu fördern. Im Vordergrund stand dabei insbesondere, Arbeitszeitkonten-Modellen mit Freistellungsphasen besser Rechnung zu tragen, ohne den Sozialversicherungsschutz der beteiligten Arbeitnehmer zu beseitigen (vgl. Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und F.D.P. eines FlexiG, BT-Drucks 13/9741 S 8). Dementsprechend sah § 7 Abs 1a S 3 SGB IV aF (idF durch Art 1 Nr 1 FlexiG) vor, dass eine Beschäftigung gegen Arbeitsentgelt während der Zeit der Freistellung auch dann besteht, wenn die Arbeitsleistung, mit der das Arbeitsentgelt später erzielt werden soll, wegen einer im Zeitpunkt der Vereinbarung nicht vorhersehbaren vorzeitigen Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses nicht mehr erbracht werden kann (seit 1.1.2012: § 7 Abs 1a S 4 SGB IV idF durch Art 1 Nr 2 Buchst a Viertes Gesetz zur Änderung des Vierten Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze vom 22.12.2011, BGBl I 3057).
- 14 In diesem Regelungskontext ist auch die Änderung des § 186 Abs 1 SGB V zu sehen. Nach der Begründung des FlexiG-Entwurfs sollte durch die Ersetzung des Begriffs der "Beschäftigung" durch das "Beschäftigungsverhältnis" klargestellt werden, dass eine Mitgliedschaft in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) auch dann zustande kommt, wenn der Arbeitnehmer zu Beginn des entgeltlichen Beschäftigungsverhältnisses aufgrund einer Vereinbarung von der Arbeitsleistung freigestellt ist und daher die Beschäftigung erst zu einem späteren Zeitpunkt aufnimmt. Die Mitgliedschaft beginnt - so die Begründung - in diesem Fall mit dem Tag, an dem das entgeltliche Beschäftigungsverhältnis beginnt (vgl. aaO, BT-Drucks 13/9741 S 12, zu Art 3 zu Nr 3). Die angesprochene Freistellung beschränkt sich nicht allein auf Fälle eines Wertguthabens oder des Wegfallens der Erbringbarkeit der Arbeitsleistung, mit der das Arbeitsentgelt später erzielt werden soll, wegen einer im Zeitpunkt der Vereinbarung nicht vorhersehbaren vorzeitigen Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses ( § 7 Abs 1a S 3 SGB IV aF). Es muss hierfür auch die Entstehung eines Arbeitsentgeltanspruchs bei einseitiger Freistellung durch den Arbeitgeber genügen. Die Gesetzesbegründung verdeutlicht darüber hinausgehend, dass eine Mitgliedschaft in der GKV - ebenso wie die Versicherungspflicht in der Renten- und Arbeitslosenversicherung - auch dann beginnt, wenn die Beschäftigung wegen einer Erkrankung nicht zu dem im Arbeitsvertrag vorgesehenen Zeitpunkt aufgenommen werden kann, sofern der Arbeitnehmer Anspruch auf Fortzahlung des Arbeitsentgelts hat. Die Gesetzesentwurfsbegründung grenzt die Regelung insoweit von der bisher geltenden Gesetzesbestimmung in der Auslegung der Rechtsprechung ab (vgl. aaO, BT-Drucks 13/9741 S 12, zu Art 3 zu Nr 3).
- 15 Sowohl der 12. BSG-Senat als auch der sich dessen Rechtsprechung anschließende erkennende Senat hatten unter Geltung des § 186 Abs 1 SGB V in der vor dem 1.1.1998 geltenden Fassung (aufgrund des Art 1 GRG mWv 1.1.1989) und zu dessen Vorgängervorschrift in der RVO ( § 306 Abs 1 RVO ) entschieden, dass die Versicherungspflicht und die Mitgliedschaft nicht allein vom Bestehen eines Arbeitsvertrages und den dort getroffenen Vereinbarungen abhängen, sondern davon, dass die gesetzlichen Vorschriften über Versicherungspflicht und Mitgliedschaft erfüllt sind. Diese erforderten grundsätzlich den Eintritt in die versicherungspflichtige entgeltliche Beschäftigung durch die tatsächliche Aufnahme der Arbeit. Nicht hinreichend war danach hingegen die Entstehung eines Arbeitsentgeltanspruchs ohne tatsächliche Arbeitsaufnahme, insbesondere bei AU (BSGE 75, 277, 279 [BSG 15.12.1994 - 12 RK 17/92] und 282 = SozR 3-2500 § 186 Nr 2 S 3 und 6 f; BSG SozR 3-2500 § 186 Nr 3 S 11 und 12 f; BSG Urteil vom 8.8.1995 - 1 RK 28/94 - [...] RdNr 17 f; BSG SozR 4-2500 § 44 Nr 4 RdNr 8 und 11; bestätigend BSGE 81, 231, 239 [BSG 04.12.1997 - 12 RK 3/97] = SozR 3-2500 § 5 Nr 37 S 145 f - Aufgabe des missglückten Arbeitsversuchs; zu Sonderfällen in der älteren - nicht ausdrücklich aufgegebenen - Rspr., die kasuistisch Ausnahmen von der tatsächlichen Arbeitsaufnahme zuließ, vgl. die Nachweise bei BSGE 75, 277, 281 [BSG 15.12.1994 - 12 RK 17/92] = SozR 3-2500 § 186 Nr 2 S 5 f; BSG SozR 3-2500 § 186 Nr 3 S 11 f; BSG Urteil vom 8.8.1995 - 1 RK 28/94 - [...] RdNr 17; BSG SozR 4-2500 § 44 Nr 4 RdNr 8; s. ferner BSGE 98, 33 [BSG 14.12.2006 - B 1 KR 9/06 R] = SozR 4-2500 § 47 Nr 6 , RdNr 16 f).

16

Nach der weiteren Gesetzesentwicklung ist dies allerdings inzwischen für die ersten vier Wochen des Arbeitsverhältnisses ohne praktische Bedeutung, soweit keine abweichenden (tarif-)vertraglichen Regelungen bestehen. Bis zum 31.5.1994 hatten Angestellte schon ab dem ersten Tag des Arbeitsverhältnisses auch ohne tatsächliche Arbeitsaufnahme Anspruch auf Entgeltfortzahlung ( § 616 BGB , § 63 HGB , § 133c GewO ), Arbeiter hingegen erst nach Arbeitsaufnahme ( § 1 Abs 1 S 1 Lohnfortzahlungsgesetz [LohnFG] ). Mit Inkrafttreten des Gesetzes über die Zahlung des Arbeitsentgelts an Feiertagen und im Krankheitsfall (Entgeltfortzahlungsgesetz [EntgeltFG] vom 26.5.1994, BGBl I 1014) hatten zunächst alle Arbeitnehmer Anspruch auf Entgeltfortzahlung ab dem ersten Tag des Arbeitsverhältnisses. Seit 1.10.1996 gilt jedoch für alle Arbeitnehmer eine vierwöchige ununterbrochene Dauer des Arbeitsverhältnisses als Voraussetzung dafür, dass ein Entgeltfortzahlungsanspruch entstehen kann (Wartefrist nach § 3 Abs 3 EntgeltFG idF durch Art 3 Nr 1 Buchst b Arbeitsrechtliches Gesetz zur Förderung von Wachstum und Beschäftigung - Arbeitsrechtliches Beschäftigungsförderungsgesetz - vom 25.9.1996, BGBl I 1474; s nunmehr aber § 3a EntgeltFG zur Entgeltfortzahlung bei Organspenden). Danach entsteht der Entgeltfortzahlungsanspruch auch dann, wenn die AU vom Beginn des Arbeitsverhältnisses an ununterbrochen bestanden hat (vgl BAGE 91, 370, 376 ff = AP Nr 10 zu § 3 EntgeltFG).

- 17** Die Ausführungen in der Begründung des FlexiG-Entwurfs stellen im Übrigen bei fehlendem Anspruch auf Arbeitsentgelt die bis dahin ergangene Rechtsprechung des 1. und des 12. Senats nicht in Frage, dass kein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis allein durch den kalendermäßigen Beginn eines arbeitsvertraglich vereinbarten Arbeitsverhältnisses begründet wird, sondern grundsätzlich der Eintritt in die Beschäftigung im Sinne einer tatsächlichen Arbeitsaufnahme erforderlich ist. Der erkennende Senat geht danach weiterhin davon aus, dass der Arbeitnehmer für den Beginn des Beschäftigungsverhältnisses die Arbeit tatsächlich aufgenommen haben muss, wenn kein Arbeitsentgeltanspruch, insbesondere auch nicht als Entgeltfortzahlungsanspruch entstanden ist (zur AU bei Abschluss des Arbeitsvertrages vgl BAG AP Nr 87 zu § 1 LohnFG; zum Eintritt der AU vor und während einer Arbeitsschicht vgl BAGE 23, 340, 342 f = AP Nr 3 zu § 1 LohnFG; BAGE 23, 444, 447 ff = AP Nr 6 zu § 1 LohnFG).
- 18** c) Das Regelungssystem untermauert das aufgezeigte Auslegungsergebnis. Die Regelung des § 7 Abs 1a SGB IV belegt, dass das Bestehen eines Arbeitsentgeltanspruchs aufgrund wirksamen Arbeitsvertrages bei vereinbarter vorübergehender Freistellung vor der Arbeitsaufnahme für den Beginn eines Beschäftigungsverhältnisses genügt. Dem entspricht es, für eine durch AU erzwungene "Freistellung" bei bestehendem Arbeitsentgeltfortzahlungsanspruch nichts anderes anzunehmen.
- 19** d) Es entspricht auch dem Schutzzweck der Beschäftigtenversicherung, die Invollzugsetzung des Beschäftigungsverhältnisses schon dann zu bejahen, wenn eine AU die tatsächliche Arbeitsaufnahme des Arbeitnehmers verhindert, er aber bereits Anspruch auf Arbeitsentgelt gegen den Arbeitgeber hat. In diesem Fall gibt es keinen Grund, den Arbeitnehmer von den Leistungen der GKV im Rahmen einer vom Arbeitgeber mitzufinanzierenden Pflichtversicherung auszuschließen und den Arbeitgeber von der Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen zu entlasten. Der Arbeitnehmer ist in dieser Situation besonders schutzbedürftig. Es trägt andererseits den Interessen der Beitragszahler ausreichend Rechnung, dass im Rahmen der Entgeltfortzahlung auch Beiträge abzuführen sind. Es wäre zudem widersprüchlich, eine vom Arbeitgeber erzwungene anfängliche Freistellung mit Entgeltanspruch für die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses ausreichen zu lassen, nicht hingegen dann, wenn eine Arbeitsaufnahme nur an der AU scheitert, aber gleichwohl ein Arbeitsentgeltanspruch besteht.
- 20** e) Der Klägerin stand hier indes vor dem 24.11.2007 kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung zu. Sie erfüllte nicht die für den Entgeltfortzahlungsanspruch erforderliche Wartezeit von vierwöchiger ununterbrochener Dauer des Arbeitsverhältnisses bei ihrem neuen Arbeitgeber ( § 3 Abs 3 EntgeltFG ), sondern nahm bereits am 27. Tag des Arbeitsverhältnisses nach den den Senat bindenden ( § 163 SGG ) Feststellungen des LSG die Arbeit auf.
- 21** 3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG .

---

Masuch  
Coseriu  
Dr. Estelmann  
Bungart  
Schwill

Hinweis: Das Dokument wurde redaktionell aufgearbeitet und unterliegt in dieser Form einem besonderen urheberrechtlichen Schutz. Eine Nutzung über die Vertragsbedingungen der Nutzungsvereinbarung hinaus - insbesondere eine gewerbliche Weiterverarbeitung außerhalb der Grenzen der Vertragsbedingungen - ist nicht gestattet.