

SOZIALGERICHT BREMEN

S 4 KR 197/09 ER



BESCHLUSS

In dem Rechtsstreit

A.,
A-Straße, A-Stadt,

Antragstellerin,

g e g e n

B., vertreten durch den Vorstand,
B-Straße, B-Stadt, Az.: - -

Antragsgegner,

hat die 4. Kammer des Sozialgerichts Bremen am 11. November 2009 durch ihren Vorsitzenden, Richter Dr. Harich, beschlossen:

- 1. Herr XN. wird als Bevollmächtigter der Antragstellerin zurückgewiesen**
- 2. Die Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, der Antragstellerin ab dem 19.10.2009 und bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung über ihren Widerspruch gegen den Bescheid vom 24.09.2009, längstens aber zunächst für die Dauer von drei Monaten, Krankengeld in gesetzlicher Höhe zu gewähren.**

Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt.

Die auf der Grundlage dieses Beschlusses an die Antragstellerin ausgezahlten Leistungen werden vorläufig gewährt. Sie stehen unter dem Vorbehalt der Rückforderung.

Die notwendigen außergerichtlichen Kosten der Antragstellerin hat die Antragsgegnerin zu 2/3 erstatten.

GRÜNDE

L Die Beteiligten streiten um die Gewährung von Krankengeld. Die 1977 geborene Antragstellerin ist bei der Antragsgegnerin mit Krankengeldanspruch versichert. Die gelernte Diplom-Volkswirtin ist seit dem Jahr 2006 beim SX. im Lande A-Stadt e. V. als Distributionsarbeiterin sozialversicherungspflichtig beschäftigt. Nach Angaben der Antragstellerin zeichnet sich ihre Arbeit durch ständiges Stehen und schweres Heben und Tragen von Lasten auch über 20 kg ohne Hilfsmittel in Vollzeit und Wechselschicht aus.

Seit dem 25.06.2009 ist die Antragstellerin wegen Rückenschmerzen und einer Depressiven Episode arbeitsunfähig krank geschrieben. Die Krankschreibung durch den behandelnden Arzt der Antragstellerin endete zunächst am 14.10.2009. Wegen Zweifeln an der Arbeitsunfähigkeit schaltete die Antragsgegnerin den Medizinischen Dienst der Krankenversicherung (MDK) im Lande A-Stadt ein, der in einem sozialmedizinischen Gutachten vom 22.09.2009 zu dem Ergebnis kam, dass es bei der Antragstellerin unter der schweren körperlichen Belastung am letzten Arbeitsplatz im Verlaufe der letzten sechs Monate zu verstärkten Rückenbeschwerden gekommen sei. Orthopädischerseits sei eine BWS-Blockierung festgestellt und physiotherapeutisch behandelt worden. Unter dieser Therapie und Arbeitsruhe habe sich bereits eine deutliche Besserung der Symptomatik ergeben. Bei einer Rückkehr an den Arbeitsplatz sei allerdings wieder mit einer Verschlimmerung zu rechnen. Eine hinreichende Belastbarkeit für diese Tätigkeit liege nicht vor. Die Antragstellerin sei lediglich belastbar für leichte und mittelschwere Arbeiten in wechselnder Position. Eine innerbetriebliche Umsetzung sei nach Angaben der Antragstellerin nicht möglich. Vom behandelnden Arzt sei bereits ein Attest für eine Kündigung ausgestellt worden, so dass eine Sperrzeit beim Arbeitsamt vermieden werden könnte. Ob eine Minderung der Erwerbsfähigkeit vorliege, sei derzeit nicht sicher beurteilbar. Empfohlen werde ein Antrag auf Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben nach § 51 Abs. 1 SGB V.

Mit Bescheid vom 24.09.2009 (ohne Rechtsbehelfsbelehrung) stellte die Antragsgegnerin fest, dass die Antragstellerin nach dem Ergebnis der Untersuchung durch den MDK dem allgemeinen Arbeitsmarkt für leichte und mittelschwere Arbeiten in wechselnder Position zur Verfügung stünde. Aus diesem Grund werde die Arbeitsunfähigkeit zum 01.10.2009 beendet. An diesem Tag ende auch die Krankengeldzahlung.

Mit Schreiben vom 30.09.2009 legte die Antragstellerin gegen den Ablehnungsbescheid vom 24.09.2009 Widerspruch ein. Ihr behandelnder Arzt habe bestätigt, dass die Arbeitsunfähigkeit fortbestehe. Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus dem Gutachten des MDK. Ent-

scheidender Bezugspunkt für ihre Arbeitsunfähigkeit sei ihre zuletzt ausgeübte Beschäftigung. Ihr Arbeitgeber könne ihr aber keine Tätigkeit ohne Heben und Tragen anbieten. Sie sei auch nicht verpflichtet, krankheitsbedingt zu kündigen. Eine arbeitsrechtliche Aufhebungsvereinbarung würde nur dazu führen, dass die Leistungsansprüche gegen die Arbeitslosenversicherung bestünden.

Mit Schreiben vom 01.10.2009 teilte die Antragsgegnerin mit, dass der behandelnde Arzt Einspruch gegen das Gutachten des MDK einlegen könnte. Die Ausstellung weiterer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen sei dagegen unzulässig.

Mit Schreiben vom 05.10.2009 teilte die Antragstellerin mit, dass ihr behandelnder Arzt keinen Einspruch einlegen werde, weil die Diagnosen nicht voneinander abwichen.

Am 19.10.2009 hat sie den vorliegenden Eilantrag gestellt.

Sie beantragt,

ihr über den 30.09.2009 hinaus Krankengeld zu gewähren sowie ihr zur Behebung einer akuten Mittellosigkeit unverzüglich einen Vorschuss in einer vom Gericht festzusetzenden Höhe auszuzahlen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag abzulehnen.

Sie ist der Ansicht, der Erlass einer einstweiligen Anordnung sei unzulässig, weil sie die Hauptsache vorwegnehmen würde. Bei einem Unterliegen in der Hauptsache könne nicht ausgeschlossen werden, dass eine Rückforderung unmöglich sei. Demgegenüber sei eine rückwirkende Zahlung des Krankengeldes durch die Antragsgegnerin sichergestellt. Die Arbeitsunfähigkeit sei entsprechend der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts aufzuheben gewesen. Im Sinne des Urteils des BSG vom 09.09.1993 (7 Rar 96/92) sei davon auszugehen, dass das Arbeitsverhältnis faktisch nicht mehr bestehe. Die Antragstellerin sei deswegen an die Bundesagentur für Arbeit zu verweisen. Nach dem Urteil des BSG vom 08.11.2005 (B 1 KR 27/04 R) habe das Krankengeld nicht die Funktion einer Dauerleistung mit Rentenersatzfunktion.

Das Gericht hat die Verwaltungsvorgänge der Antragsgegnerin beigezogen.

II.1. Der Bevollmächtigte der Antragstellerin war - nach vorheriger Anhörung - gemäß § 73 Abs. 3 Satz 1 SGG zurückzuweisen, weil er nicht nach § 73 Abs. 2 SGG vertretungsbefugt ist. Auf die bisher erfolgten Prozessbehandlungen bleibt die Zurückweisung ohne Einfluss (§ 73 Abs. 3 Satz 2 SGG).

II.2. Der nach § 86b Abs. 2 SGG statthafte Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist begründet.

Voraussetzung für den Erlass der begehrten Regelungsanordnung nach § 86b Abs. 2 Satz 2 SGG ist neben einer besonderen Eilbedürftigkeit der Regelung (Anordnungsgrund) ein Anspruch der Antragstellerin auf die begehrte Regelung (Anordnungsanspruch). Anordnungsgrund und Anordnungsanspruch sind glaubhaft zu machen (§ 86b Abs. 2 Satz 3 SGG i.V.m. § 920 Abs. 2 Zivilprozessordnung -ZPO-).

Die Antragstellerin konnte einen Anspruch nach § 44 Abs. 1 des Fünften Buch des Sozialgesetzbuchs (SGB V) glaubhaft machen. Nach dieser Vorschrift haben Versicherte Anspruch auf Krankengeld, wenn die Krankheit sie arbeitsunfähig macht. Streitig zwischen den Beteiligten ist alleine, ob die Antragstellerin im Sinne dieser Vorschrift „arbeitsunfähig“ ist.

Vorab ist darauf hinzuweisen, dass die Arbeitsunfähigkeit grundsätzlich der durchgehenden ärztlichen Feststellung bedarf (vgl. nur BSG, Urt. v. 05.05.2009 - B 1 KR 20/08 -). Daran könnte es hier zwar deshalb fehlen, weil die Bescheinigung der Arbeitsunfähigkeit durch den behandelnden Arzt Mitte Oktober endete. In der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts ist allerdings anerkannt, dass die fehlende (aktuelle) Feststellung der Arbeitsunfähigkeit dem Versicherten dann nicht entgegengehalten werden kann, wenn er seinerseits alles in seiner Macht Stehende getan hat, um seine Ansprüche zu wahren, daran aber durch die Krankenkasse gehindert wird (vgl. BSG, Urt. v. 19.09.2002 - B 1 KR 11/02 R -). So liegt der Fall hier, denn die Antragsgegnerin hat den behandelnden Arzt darauf hingewiesen, dass eine weitere Ausstellung von AU-Bescheinigungen unzulässig sei. Zu berücksichtigen war auch, dass der (medizinische) Umstand, dass die Antragstellerin zurzeit gesundheitlich nicht in der Lage ist, an ihren alten Arbeitsplatz zurückzukehren, zwischen den Beteiligten nicht im Streit steht. „Streitig“ ist alleine die (rechtliche) Frage des Anknüpfungspunktes für die Feststellung der Arbeitsunfähigkeit. Aus diesem Grund hat der behandelnde Arzt auch konsequenterweise keinen Einspruch gegen das Gutachten des MDK eingelegt.

Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts liegt Arbeitsunfähigkeit im Sinne des § 44 Abs. 1 SGB V vor, wenn der Versicherte seine zuletzt ausgeübte Erwerbstätigkeit oder

eine ähnlich geartete Tätigkeit nicht mehr oder nur auf die Gefahr hin, seinen Zustand zu verschlimmern, verrichten kann (vgl. nur BSGE 26, 288 ff. = SozR Nr. 25 zu § 182 RVO; BSGE 41, 201 ff. = SozR 2200 § 182 Nr. 12; BSGE 46, 190 ff. = SozR 2200 § 182 Nr. 34; BSGE 61, 66 ff. = SozR 2200 § 182 Nr. 104, vgl. nur KK-Höfler, Stand 62. EL 2009, § 44 SGB V Rdnr. 5 f. m.w.N.).

Nach diesen Grundsätzen ist die Antragstellerin nach wie vor arbeitsunfähig. Denn sie kann ihre zuletzt ausgeübte Tätigkeit nicht mehr verrichten. Das wird auch von der Antragsgegnerin nicht bestritten. Soweit aber die Antragsgegnerin meint, aufgrund der „faktischen Beendigung“ des Arbeitsverhältnisses sei die Antragstellerin auch auf andere Tätigkeiten des allgemeinen Arbeitsmarktes zu verweisen, folgt dem Gericht nach der im Eilverfahren nur möglichen vorläufigen Einschätzung nicht.

Wegen des Zwecks des Krankengeldes, das den vor Eintritt der Arbeitsunfähigkeit bestehenden Lebensstandard der Versicherten sichern soll, kommt als berufliches Bezugsfeld der Arbeitsunfähigkeit grundsätzlich nur die zuletzt ausgeübte Erwerbstätigkeit in Betracht. Darunter ist die unmittelbar vor Eintritt der jeweiligen Arbeitsunfähigkeit ausgeübte Beschäftigung zu verstehen (BSGE 51, 287 ff. = SozR 2200 § 183 Nr. 36 m.w.N.). Nimmt der Versicherte aber eine andere Tätigkeit auf und liegt darin die Lösung vom bisherigen Beruf, so bildet die neue Tätigkeit den für die Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit maßgeblichen Bezugspunkt (BSGE 32, 18 ff. = SozR Nr. 40 zu § 182 RVO; BSGE 54, 62 ff. = SozR 2200 § 182 Nr. 84). Im Hinblick auf die Frage, ob der Versicherte auch auf andere Tätigkeiten verwiesen werden kann, ist danach zu unterscheiden, ob das Arbeitsverhältnis fortbesteht oder beendet wurde (vgl. z.B. LSG Niedersachsen, Ur. v. 22.09.1998 - L 4 KR 89/96 -). Ob ein Arbeitsverhältnis fortbesteht, wird nach arbeitsrechtlichen Grundsätzen beurteilt (Höfler, a.a.O.). Kündigt der Arbeitgeber nicht, muss auch bei lang andauernder Arbeitsunfähigkeit von einem fortbestehenden Arbeitsverhältnis ausgegangen werden (BSGE 69, 180 ff. = SozR 3 - 2200 § 182 Nr. 9; zu allem Höfler, a.a.O.). Über das Arbeitsverhältnis hinaus ist dagegen eine Verweisung regelmäßig ausgeschlossen, weil die Lohnersatzfunktion des Krankengeldes anderenfalls gefährdet wäre und den Versicherten im Rahmen der Krankengeldgewährung nicht zugemutet wird, den bisherigen Arbeitsplatz aufzugeben. Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts gilt dies unabhängig davon, ob noch eine gewisse Aussicht auf Wiederaufnahme der bisherigen Tätigkeit besteht (BSGE 69, 180 ff. = SozR 3 - 2200 § 182 Nr. 9; BSGE 92, 199 ff. = SozR 4 - 2600 § 43 SGB VI Nr. 2; vgl. auch NZ. in Hauck/Noftz, § 44 SGB V Rdnr. 68).

Die Antragstellerin hat das Arbeitsverhältnis beim SX. nicht gekündigt. Die Beschäftigung gilt vielmehr unbefristet fort. Für eine Loslösung von arbeitsrechtlichen Grundsätzen besteht kein Bedürfnis. Etwas anderes folgt auch nicht aus der von der Antragsgegnerin angeführten

Rechtsprechung des Bundessozialgerichts. In der dort zitierten Entscheidung vom 09.09.1993 (7 Rar 967) zum Arbeitsförderungsrecht hat das Bundessozialgericht ausdrücklich betont, der Begriff der „Beschäftigung“, der hier faktisch verstanden wurde, könne nicht generalisierend und abschließend für alle Rechtsbereiche bestimmt werden. Je nach Sinnzusammenhang, in den die einzelne Norm gestellt sei, könne und müsse er im Hinblick auf den jeweiligen Normzweck Modifikationen unterliegen.

Im vorläufigen Rechtsschutz kann abschließend nicht geklärt werden, ob die selbstständige Tätigkeit der Antragstellerin als Sprachlehrerin, die sie wohl schon seit langer Zeit nebenberuflich ausübt, dazu führt, dass es an einem hinreichenden Bezug zur alten Beschäftigung nunmehr fehlt. Dagegen spricht der geringe Umfang. Alleine der beabsichtigte „Ausbau“ dieser Tätigkeit führt zu keiner anderen Betrachtung. Denn die Arbeitsunfähigkeit entfällt nicht dadurch, dass sich der Versicherte in Anbetracht seiner gesundheitlichen Beeinträchtigung für eine berufliche Neuorientierung öffnet und zu erkennen gibt, dass er zu einem Berufswechsel bereit ist (vgl. BSG, Urt. v. 08.02.2000 - B 1 KR 11/99 R - m.w.N.).

Das Gericht hat die einstweilige Anordnung im Hinblick auf etwaige Änderungen der Sachlage zunächst auf drei Monate befristet. Die Verpflichtung der Antragsgegnerin zur Gewährung von Leistungen ab Antragstellung bei Gericht entspricht der üblichen gerichtlichen Vorgehensweise, im Eilverfahren keine Leistungen vor Antragstellung zuzusprechen (vgl. nur OVG Bremen, Beschl. v. 28.04.2006 - S1 B 70/06 -; LSG Niedersachsen-Bremen, Beschl. v. 28.04.2005 - L 8 AS 57/05 ER -, FEVS 56, 503). Die von der Antragsgegnerin befürchtete Vorwegnahme der Hauptsache sieht das Gericht nicht. Ihr wurde durch die nur vorläufige Verpflichtung der Antragsgegnerin vorgebeugt. Dass sie nunmehr das Ausfallrisiko einer eventuellen Rückforderung trägt, liegt in der Natur der Sache. Deswegen keinen vorläufigen Rechtsschutz zu gewähren, kam aufgrund der Entgeltersatzfunktion des Krankengeldes nicht in Betracht. Aus diesem Grund hat die Antragstellerin auch einen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht. Sie hat dargelegt, über keine anderen finanziellen Mittel zu verfügen.

Das Gericht hat davon abgesehen, vor Entscheidungsreife des Eilantrages die Antragsgegnerin (im Wege eines „Hängebeschlusses“) zur Leistung eines Vorschusses zu verpflichten. Nach Entscheidung über den Eilantrag besteht dafür kein Bedürfnis mehr. Das Gericht geht davon aus, dass die Antragsgegnerin die sich aus diesem Beschluss ergebende, zunächst lediglich analog § 130 SGG dem Grunde nach festgestellte, Zahlungsverpflichtung unverzüglich umsetzen wird.

Die Kostenentscheidung beruht auf einer entsprechenden Anwendung von § 193 SGG.

RECHTSMITTELBELEHRUNG

1. Soweit der Bevollmächtigte der Antragstellerin zurückgewiesen wurde, ist dieser Beschluss gemäß § 73 Abs. 3 Satz 1 SGG unanfechtbar.

2. Im Übrigen ist gegen diesen Beschluss die Beschwerde statthaft. Sie ist **innen eines Monats** nach Zustellung beim Sozialgericht Bremen, Am Wall 198, 28195 Bremen, **schriftlich** oder mündlich **zur Niederschrift** des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle einzulegen.

Die Beschwerdefrist ist auch gewahrt, wenn die Beschwerde innerhalb der Frist bei dem Landessozialgericht Niedersachsen-Bremen, Georg-Wilhelm-Straße 1, 29223 Celle oder der Zweigstelle des Landessozialgerichts Niedersachsen-Bremen, Am Wall 198, 28195 Bremen **schriftlich** oder mündlich **zur Niederschrift** des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle eingelegt wird.

gez. Dr. Harich

Richter