



HVBG

HVBG-Info 10/1999 vom 19.03.1999, S. 0934 - 0936, DOK 431

**Die Rechtsfigur des "mißglückten Arbeitsversuchs" findet im UV-Bereich keine Anwendung - Anmerkung zum BSG-Urteil vom 05.05.1998 - B 2 U 9/97 R - von Reinhard HOLTSTRAETER, Hamburg**

Die Rechtsfigur des "mißglückten Arbeitsversuchs" findet im Bereich der gesetzlichen Unfallversicherung keine Anwendung; hier: Anmerkung zum BSG-Urteil vom 05.05.1998 - B 2 U 9/97 R - von Reinhard HOLTSTRAETER, Hamburg, in "Die Sozialgerichtsbarkeit" 3/1999, S. 145-147

Das BSG hat mit Urteil vom 05.05.1998 - B 2 U 9/97 R - (s. HVBG-INFO 1998, S. 3263-3270) folgendes entschieden:

Leitsatz:

Die Rechtsfigur des "mißglückten Arbeitsversuchs" findet im Bereich der gesetzlichen Unfallversicherung keine Anwendung.

Orientierungssatz:

1. Das Tatbestandsmerkmal des Zwangs zur Unterlassung aller gefährdenden Tätigkeiten setzt in der Regel voraus, daß die Tätigkeit, die zu der Erkrankung geführt hat, aus arbeitsmedizinischen Gründen nicht mehr ausgeübt werden soll und der Versicherte die schädigende Tätigkeit und solche Tätigkeiten, die für die Entstehung, die Verschlimmerung oder das Wiederaufleben der Krankheit ursächlich sein können, tatsächlich aufgegeben hat (st Rspr, vgl BSG vom 20.10.1983 - 2 RU 70/82 = HVBG-RdSchr 16/84). Ob der Zwang zum Unterlassen der bisherigen Tätigkeit medizinisch geboten war, dh deren Fortsetzung wegen der schon eingetretenen Gesundheitsstörungen oder der Gefahr der Verschlimmerung oder des Wiederauflebens der Krankheit aus medizinischer Sicht nicht verantwortet werden konnte, ist im Wege einer nachträglichen objektiven Betrachtungsweise festzustellen (vgl BSG vom 29.08.1980 - 8a RU 72/79 = SozR 2200 § 589 Nr 4 = BSGE 50, 187-190).
2. Bei Krankheiten, bei denen die Entschädigungspflicht aufgrund der BKVO noch an besondere Bedingungen - zB die Aufgabe der belastenden Tätigkeit - geknüpft ist, kann der Versicherungsfall nicht eher gegeben sein, als nicht sämtliche in der BKVO genannten Voraussetzungen erfüllt sind (vgl BSG vom 08.12.1983 - 2 RU 33/82 = BSGE 56, 94, 97 = SozR 5677 Anl 1 Nr 46 Nr 12). Die allgemeine Günstigkeitsregelung des § 551 Abs 3 S 2 RVO findet keine Anwendung. Erfolgt demnach die Aufgabe der gefährdenden Tätigkeit in einem Zeitraum, während dessen der Erkrankte arbeitsunfähig ist, so tritt die Tätigkeitsaufgabe am ersten Tag der Arbeitsunfähigkeit ein (vgl BSG vom 31.05.1967 - 2 RU 114/66 = SozR Nr 4 zu § 551 RVO und BSG vom 29.08.1980 - 8a RU 72/79 = SozR 2200 § 589 Nr 4 = BSGE 50, 187).

Anmerkung:

-----

Der 2. Senat des BSG hatte sich in seiner Entscheidung vom 5.5.98 - B 2 U 9/97 R - mit der Frage zu befassen, ob unter der speziellen Maßgabe der Stichtagsregelung für die Wirbelsäulenerkrankungen der Nummer 2108 - 2110 der Anlage 1 zur BeKV auch dann Entschädigungsansprüche aus der gesetzlichen Unfallversicherung bejaht werden können, wenn nach vorausgehender länger andauernder Arbeitsunfähigkeit der versicherte Arbeitnehmer seine schädigende Tätigkeit nach dem Stichtag für nur wenige Tage erneut aufnimmt.

Die Vorinstanzen hatten Entschädigungsansprüche unter Bezug auf die Stichtagsregelung des Art. 2 Abs. 2 der Änderungsverordnung vom 18.12.1992 verneint, wonach die einschlägigen Erkrankungen als Berufskrankheiten nur dann anzuerkennen sind, wenn der Versicherungsfall nach dem 31.3.1988 eingetreten sind. Die zweitägige Tätigkeit des Klägers nach dem 31.3.1988, die in der Folge zur leidensbedingten endgültigen Tätigkeitsaufgabe führte, war unter Bezug auf die Rechtsfigur des "mißglückten Arbeitsversuches" als unbeachtlich ausgeschieden worden. Dem tritt der 2. Senat mit überzeugender Argumentation entgegen. Der Entscheidung ist in Bezug auf den hier beschriebenen Streitgegenstand uneingeschränkt zuzustimmen. Soweit der 2. Senat aber darüber hinaus das Rechtsinstitut des "mißglückten Arbeitsversuches" als in der gesetzlichen Unfallversicherung weder direkt noch entsprechend anwendbar geißelt, bedarf es einiger relativierender Anmerkungen.

Doch wenden wir uns zunächst der hier streitenscheidenden Frage des Zeitpunktes der Aufgabe der schädigenden Tätigkeit zu.

Bei Berufskrankheiten mit sogenanntem versicherungsrechtlichem Tatbestandsmerkmal des Unterlassungszwanges kommt im Regelfall der Aufgabe der schädigenden Tätigkeit die entscheidende Bedeutung für die Festlegung des Versicherungsfalles zu. Nach ständiger Rechtsprechung kann der Versicherungsfall nämlich erst dann eintreten, wenn alle Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind, die die Berufskrankheitenverordnung für die jeweilige Listenerkrankung fordert. Demzufolge kann der Versicherungsfall unter anderen bei den bandscheibenbedingten Erkrankungen der Wirbelsäule frühestens in dem Zeitpunkt eintreten, in dem der Arbeitnehmer alle diejenigen Tätigkeiten unterlassen hat, die für die Entstehung, Verschlimmerung oder das Wiederaufleben der Krankheit ursächlich waren oder sein können.

Der früheste für den Versicherungsfall einer sog. Wirbelsäulenerkrankung denkbare Zeitpunkt, der Beginn der Erkrankung, scheidet hiernach mangels zeitgleicher Tätigkeitsbeendigung regelmäßig aus.

Als spätester Zeitpunkt des Versicherungsfalles könnte an die Kündigung des maßgeblichen Arbeitsverhältnisses oder dessen tatsächliche Beendigung gedacht werden. Diese arbeitsrechtlichen Anknüpfungspunkte für eine Tätigkeitsaufgabe sind jedoch nicht mit dem gesetzgeberischen Zweck des Unterlassungszwanges vereinbar. Es soll ein Verbleiben in der schädigenden Tätigkeit und damit eine Verschlimmerung der Krankheit mit den etwaigen Folgen einer erhöhten Entschädigungsleistung vermieden werden. Das fordert nicht die Lösung des Arbeitsverhältnisses. Vielmehr sollte dieses Ziel möglichst unter Erhalt des Arbeitsplatzes erreicht werden (vgl. hierzu auch § 3 BeKV). Ein Wirbelsäulenerkrankter kann häufig auch am alten Arbeitsplatz und sogar bei im wesentlichen gleichen Arbeitsinhalten die schädigende Tätigkeit unterlassen,

wenn der Arbeitgeber den Arbeitsplatz entsprechend gefahrungsfrei umstellt bzw. die Meidung der schädigenden Arbeitsteilschritte durch den Versicherten toleriert.

Andererseits könnte der Erkrankte auch nach Lösung des Arbeitsverhältnisses die schädigende Tätigkeit bei einem anderen Arbeitgeber fortsetzen.

Für die Tätigkeitsaufgabe ist somit maßgebend auf die tatsächlichen Arbeitsvorgänge abzustellen und der Zeitpunkt zu ermitteln, ab dem die schädigenden Einwirkungen aus der gefährdeten Tätigkeit sicher ausgeschlossen sind. Dies kann nach sachkundiger Bewertung des Arbeitsplatzes trotz Fortsetzung der Tätigkeit im übrigen zu bejahen sein, oder - wie vorliegend - erst durch vollständige Tätigkeitseinstellung realisierbar sein.

Zu diskutieren bleibt, ob in wertender Betrachtung zeitlich kurzfristige oder arbeitstechnisch als geringfügig schädigend einzustufende Tätigkeiten für den Versicherungsfall außer Betracht bleiben dürfen.

Zunächst steht dem Wortlaut der Vorschrift "Unterlassung aller Tätigkeiten" entgegen. Auch der Gesetzeszweck, einen sicheren Schutz vor weiteren Schädigungen zu gewährleisten, fordert einen selbst für den Laien nachvollziehbaren klaren Schnitt. Nur so sind Gleichbehandlung, Rechtssicherheit und Überwachbarkeit zu gewährleisten.

Entscheidend ist indes, daß kein Grund ersichtlich ist, der den Ausschluß kurzer, wirtschaftlich nicht ins Gewicht fallender Beschäftigungszeiten geboten erscheinen lassen könnte. Das Versicherungsprinzip, die Mißbrauchsabwehr und der fehlende Vertrauensschutz, die zur Begründung des Rechtsinstitutes des "mißglückten Arbeitsversuches" herangezogen wurden, bieten jedenfalls keinen Ansatzpunkt.

Versicherungsschutz besteht in der gesetzlichen Unfallversicherung ohne Zweifel auch für den nur kurzfristig und gegebenenfalls nicht voll einsatzfähig Beschäftigten. Der Versicherte darf auf diesen Schutz selbst dann vertrauen, wenn er bei objektiver, rückschauender Betrachtung arbeitsunfähig war. Nicht zuletzt unter dem Grundsatz "Rehabilitation vor Rente" ist die Möglichkeit zur versicherungs- und leistungsrechtlich "neutralen" Reexposition in der gefährdenden Tätigkeit sogar zu fordern. Bei Zweifeln über die Arbeitsfähigkeit in der bisherigen Tätigkeit kann - will man den Arbeitsplatz nicht gefährden - häufig nur durch erneuten Arbeitseinsatz geklärt werden, ob die Rehabilitationmaßnahmen erfolgreich waren und/oder die Restexposition sich angesichts des individuellen Gesundheitszustandes als vertretbar erweist.

Mißbrauchsabwehr ist, wie der vorliegende Fall exemplarisch zeigt, nicht gefordert. Sie könnte allenfalls in umgekehrter Richtung geboten sein, nämlich gegen das Unterlaufen des schutzbringenden Zwanges zur Aufgabe der schädigenden Tätigkeit durch erneuten Arbeitseinsatz im gefährdenden Bereich.

Lediglich extrem kurzfristige Reexpositionen in der gefährdenden Tätigkeit, bei denen sich bereits im Stundenbereich die Arbeitsfähigkeitsprognose als offensichtlich falsch erweist, könnten demnach als unbeachtlich für den versicherungsrechtlichen Tatbestand diskussionswürdig sein. Ein solcher Ausnahmetatbestand wäre über den Arbeitsunfähigkeitsbegriff ohne Rückgriff auf die Rechtsfigur des "mißglückten Arbeitsversuches" begründbar. Da aber weder rechtssystematische Gründe noch Praktikabilitätsgesichtspunkte zwingenden Anlaß für Ausnahmeregelungen geben, sollte aus Rechtssicherheitsgründen hiervon Abstand genommen werden. Sofern überhaupt eine Handlung

vorliegt, die als ernsthafter Versuch der Tätigkeitsaufnahme zu werten ist, bleibt der Abbruch des letzten Versuches dieser Art bestimmend für die Tätigkeitsaufgabe. Mithin ist dies gleichzeitig der frühest denkbare Zeitpunkt des Versicherungsfalles.

Schließlich sollte für den vorliegenden Sachverhalt beachtet werden, daß speziell im Zusammenhang mit den gewollten Zufälligkeiten der Stichtagsregelung eine restriktive und im Ergebnis leistungsfeindliche Auslegung bedenklich ist. Stichtagsregelungen ist immanent, daß sie im Einzelfall zwar unvermeidbare, aber stets als ungerecht empfundene Härten beinhalten können. Solche Härtefälle sollten nicht ohne zwingenden Grund vermehrt werden. Dies widerspräche dem Gedanken des § 2 Abs. 2 SGB I, der die Sicherstellung einer möglichst weitgehenden Verwirklichung sozialer Rechte fordert.

So sehr nach alledem die klaren Worte des 2. Senates zu begrüßen sind, so nachdenklich stimmt es andererseits, daß die vorliegende Entscheidung als eine Grundsatzentscheidung für die gesetzliche Unfallversicherung (miß)verstanden werden könnte, die ebenfalls den sog. "mißglückten Arbeitsversuch" bei kurzfristigen Wiedererkrankungen zukünftig ausschließt.

Wenngleich der Senat im fünftletzten Absatz den (analogen) Einsatz des Rechtsinstitutes nur im Rahmen des vorliegenden Problems für nicht angezeigt erachtet, befindet er an anderer Stelle des Urteils generell, daß der "mißglückte Arbeitsversuch" unabhängig vom Inkrafttreten des GRG - und der damit verbundenen Aufgabe der Rechtsfigur in der gesetzlichen Krankenversicherung - weder direkt noch entsprechend anzuwenden ist. Das läßt auch deswegen aufhorchen, weil der Senat diese Feststellung in direkten Zusammenhang stellt mit dem in der gesetzlichen Unfallversicherung einzig praxisrelevanten Anwendungsbereich, der auf eine Vermeidung der parallelen Zahlung von Verletztengeld und Verletztenrente aus demselben Versicherungsfall abzielt.

Die Vorschriften der RVO und des SGB VII wollen ein Nebeneinander von Verletztengeld und Verletztenrente grundsätzlich vermeiden. Denn die Geldleistungen sind bestimmt zur Sicherung des Lebensunterhaltes in unterschiedlichen Phasen des Versicherungsfalles. Der Beginn der Rentenzahlung ist daher abhängig von der Beendigung des Verletztengeldes, also im Regelfall vom Ende der Arbeitsunfähigkeit.

Nicht selten ist nach Arbeitsunfällen eine verfrühte Arbeitsaufnahme zu beobachten, die bereits nach kurzer Arbeitstätigkeit zu erneuter Krankschreibung von zum Teil erheblicher Dauer führt. Handelt es sich bei der erneuten Arbeitsunfähigkeit um eine echte Wiedererkrankung, steht dem Versicherten neben dem Verletztengeld, die bereits ab dem Ende der ersten Arbeitsunfähigkeit gezahlte Rente zu. Diese Doppelleistung erscheint unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten zumindest dann nicht gerechtfertigt, wenn der Verletzte bei objektiver Betrachtung nicht arbeitsfähig war und sich dies in einem wirtschaftlich nicht ins Gewicht fallenden Zeitraum herausstellt. Dementsprechend versteht man einen derartigen Arbeitsversuch als mißglückt. Die Arbeitsunfähigkeit wird in rückschauender, objektivierender Betrachtung als durchgehend beurteilt und der Rentenanspruch entsteht nicht bzw. erst nach Ende der zweiten oder letzten Krankheitsphase. Bis zu diesem Zeitpunkt besteht ein gleichermaßen ununterbrochener Verletztengeldanspruch, auf den evtl. gezahltes Arbeitsentgelt anzurechnen ist.

Diese bisher in der Praxis allgemein übliche und soweit erkennbar in Rechtsprechung und Literatur unbestrittene Auslegung könnte durch die vorliegende Entscheidung in Frage gestellt sein. Der

erkennende Senat begreift in Übereinstimmung mit der gängigen Auffassung in der Literatur diese Handhabung als einen (analogen) Anwendungsfall des aus dem Krankenversicherungsrecht entwickelten Rechtsinstitutes "mißglückter Arbeitsversuch". Nach der im Krankenversicherungsrecht vollzogenen generellen Abkehr von der Rechtsfigur erscheint ein Abrücken hiervon auch für den Bereich der gesetzlichen Unfallversicherung auf den ersten Blick folgerichtig und unausweichlich. Aber handelte es sich wirklich um ein einheitliches Rechtsinstitut mit vergleichbarer dogmatischer Begründung und gleicher Zielsetzung? Oder handelt es sich nicht vielmehr um zwei eigenständige Problemkreise, denen man lediglich den gleichen Arbeitstitel zuordnet, weil beide die Krankschreibung nach kurzer Tätigkeitsdauer gemeinsam haben und der Begriff des "mißglückten Arbeitsversuches" so ungeheuer plastisch ist?

Bereits bei oberflächlicher Auswertung der Literatur fällt auf, daß der "mißglückte Arbeitsversuch" im Krankenversicherungsrecht stets umstritten war und zuletzt nahezu einhellig abgelehnt wurde. Demgegenüber sind in der gesetzlichen Unfallversicherung kritische Ansätze nicht erkennbar. Wenn z.B. Gitter/Nunius im Schulin (Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Band 2, § 5, Rdn. 138 ff.) mit ausführlicher Begründung feststellen, daß dem Unfallversicherungsrecht die dem Krankenversicherungsrecht geläufige Rechtsfigur des sog. mißglückten Arbeitsversuches fremd sei, in demselben Buch aber Benz (§ 47, Rdn. 10, 29) erläutert, unter welchen Voraussetzungen und mit welchen Rechtsfolgen in der Unfallversicherung ein mißglückter Arbeitsversuch anzunehmen sei, so ist dies m.E. kein Widerspruch. Ein kurzer Blick auf die unterschiedlichen Tatbestandsvoraussetzungen, die Anwendungsbereiche, und die rechtssystematischen Begründungen wird zeigen, daß es sich bei den (leider) gleichbenannten Instituten um ein aliud handelt.

Tatbestandsmerkmale des "mißglückten Arbeitsversuches" in der Krankenversicherung:

- erstmalige Aufnahme der Tätigkeit im neuen Beschäftigungsverhältnis,
- objektive Unfähigkeit die geschuldete Arbeitsleistung (ohne schwerwiegende Gefährdung der Gesundheit) zu verrichten,
- Aufgabe des Beschäftigungsverhältnisses (nicht nur der Tätigkeit),
- Kausalität der primären Arbeitsunfähigkeit für die Beschäftigungsaufgabe,
- Absehbarkeit der Beschäftigungsaufgabe bei Tätigkeitsaufnahme,
- Beschäftigungsaufgabe vor Ablauf eines wirtschaftlich ins Gewicht fallenden Zeitraumes.

Tatbestandsmerkmale des "mißglückten Arbeitsversuches" in der Unfallversicherung:

- Tätigkeitsaufnahme nach Arbeitsunfähigkeit in demselben Beschäftigungsverhältnis,
- objektive Unfähigkeit die geschuldete Arbeitsleistung (ohne schwerwiegende Gefährdung der Gesundheit) zu verrichten,
- erneute Tätigkeitseinstellung,
- Identität des erneuten und des primären Arbeitsunfähigkeitsgrundes,
- keine tatsächlich brauchbare Arbeit in einem wirtschaftlich gering ins Gewicht fallenden Zeitraum.

Die Gegenüberstellung der Tatbestandsmerkmale verdeutlicht die differierende Zielsetzung.

In der Krankenversicherung sind Mißbrauchsabwehr gegen

Erschleichen eines dauerhaften Sozialversicherungsverhältnisses über das kurzfristige Beschäftigungsverhältnis hinaus und damit die Wahrung des Versicherungsprinzipes als solches beabsichtigt. Zur Erreichung dieses Ziels bedarf es der Fiktion eines fehlenden Beschäftigungsverhältnisses, obgleich alle gesetzlichen Voraussetzungen des versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses erfüllt sind. Das Bestehen einer uneingeschränkten Leistungsfähigkeit für die (mitgliedschaftsbegründende) arbeitsentgeltspflichtige Beschäftigung (§ 5 Abs. 1 SGB V) gehört nicht zu den gesetzlichen Voraussetzungen.

Demgegenüber fordert das Unfallversicherungsrecht für den Übergang von Verletztengeld zur Verletztenrente die dauerhafte Wiederherstellung der Leistungsfähigkeit. Erst nach Eintritt der Arbeitsfähigkeit darf die Rentenzahlung beginnen (§ 72 Abs. 1 SGB VII), da für die Einstellung der Verletztengeldzahlung das Ende der Arbeitsunfähigkeit gesetzliche Voraussetzung ist (§ 46 Abs. 3 Nr. 1 SGB VII). Die Prüfung des sog. mißglückten Arbeitsversuches bei kurzfristiger Wiedererkrankung sichert somit lediglich die gesetzlichen Vorgaben. Sie überprüft in nachträglich objektivierender Betrachtung, ob die in die Zukunft gerichtete Prognose des Arztes zur Leistungsfähigkeit des Versicherten den tatsächlichen Alltagsanforderungen stand hält. Kann der Wiedereintritt der Arbeitsfähigkeit bei wertender Betrachtung nicht bestätigt werden, verbleibt es entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen bei der Verletztengeldzahlung. Mithin verbirgt sich in der Unfallversicherung hinter dem sog. mißglückten Arbeitsversuch anders als in der Krankenversicherung kein rechtsmodifizierendes Richterrecht, sondern eine nach der Rechtsprechung strukturierte Prüfung des gesetzlichen Tatbestandsmerkmals "letzter Tag der Arbeitsunfähigkeit".

Zusammenfassend ist somit festzustellen, daß mit der vorliegenden Entscheidung ein Schlußstrich unter das Rechtsinstitut "mißglückter Arbeitsversuch" auch für die gesetzliche Unfallversicherung gezogen wird. Einer Änderung der Praxis, bei kurzfristigen Wiedererkrankungen den Wegfall der Arbeitsunfähigkeit unter den o.g. Bedingungen zu verneinen, bedarf es nicht. Zur Vermeidung von Verwechslungen sollte allerdings der Begriff des "mißglückten Arbeitsversuches" aus dem Vokabular der gesetzlichen Unfallversicherung gestrichen werden.

Ltd. Verw.-Direktor Reinhard Holtstraeter,  
Hamburg