

Krankengeldgewährung - Arbeitsunfähigkeit - bisherige Tätigkeit - Verlust des Arbeitsplatzes (§§ 44 Abs. 1 Satz 1, 48 Abs. 2 SGB V; § 46 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 SGB VII; § 121 Abs. 3 SGB III);  
hier: BSG-Urteil vom 14.2.2001 - B 1 KR 30/00 R -

Das BSG hat mit Urteil vom 14.2.2001 - B 1 KR 30/00 R -  
(s. Anlage) Folgendes entschieden:

#### **Leitsatz**

Für die Arbeitsunfähigkeit eines Versicherten ist die bisherige Tätigkeit auch nach dem Verlust des Arbeitsplatzes maßgebend; die bisherige Rechtsprechung ist durch die Neufassung der Kriterien, nach denen sich seit dem 1.4.1997 die Zumutbarkeit einer Beschäftigung in der Arbeitslosenversicherung richtet, nicht überholt (Bestätigung von BSG vom 8.2.2000 - B 1 KR 11/99 R = BSGE 85, 271 = SozR 3-2500 § 49 Nr 4).

#### Anlage

BSG-Urteil vom 14.2.2001 - B 1 KR 30/00 R -

#### **Tatbestand**

Die Beteiligten streiten um einen Anspruch auf Krankengeld.

Der bei der beklagten Ersatzkasse krankenversicherte Kläger arbeitete als Disponent (Lagerverwalter). Seit dem 28. Oktober 1998 kann er wegen schmerzhafter Bewegungseinschränkungen des linken Armes diesen Beruf oder eine vergleichbare Tätigkeit nicht mehr ausüben. Sein Arbeitsverhältnis endete zum 30. November 1998 (das im angefochtenen Urteil genannte Datum 30. Dezember 1998 beruht ersichtlich auf einem Schreibfehler). Er erhielt Entgeltfortzahlung seitens des Arbeitgebers und sodann Krankengeld von der Beklagten. Mit Rücksicht auf den Verlust des Arbeitsplatzes und das Ergebnis einer Untersuchung durch den Medizinischen Dienst der Krankenversicherung stellte die Beklagte die Krankengeldzahlung zum 12. Februar 1999 ein. Der Widerspruch des Klägers wurde mit Bescheid vom 10. März 1999 zurückgewiesen. Die Beklagte hält den Kläger nicht für arbeitsunfähig, weil ihm infolge seiner Erkrankung zwar nicht mehr die mittelschwere Tätigkeit eines Lagerverwalters, jedoch leichte Tätigkeiten in wechselnder Körperhaltung möglich seien. Als Arbeitsloser sei seine Leistungsfähigkeit nicht mehr nur an den gesundheitlichen Anforderungen des bisherigen Arbeitsplatzes zu messen; vielmehr sei ein arbeitsloser Versicherter erst dann als arbeitsunfähig anzusehen, wenn er auch durch alle diejenigen Tätigkeiten gesundheitlich überfordert werde, die er nach dem Recht der Arbeitsförderung anzunehmen bereit sein müsse.

Auf die Klage hat das Sozialgericht (SG) Befundberichte der behandelnden Ärzte und Gutachten zum Gesundheitszustand des Klägers sowie eine Auskunft des früheren Arbeitgebers zur Tätigkeit des Klägers eingeholt. Mit Urteil vom 11. Juli 2000 hat es die Beklagte unter Aufhebung der

Verwaltungsentscheidungen verurteilt, dem Kläger über den 12. Februar 1999 hinaus Krankengeld nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen und unter Anrechnung des bezogenen Arbeitslosengeldes zu gewähren. Maßstab für die Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit des Klägers sei dessen Tätigkeit als Disponent oder eine ähnliche Tätigkeit. In diesem Sinne habe der erkennende Senat im Urteil vom 8. Februar 2000 (B 1 KR 11/99 R - BSGE 85, 271 = SozR 3-2500 § 49 Nr 4) in einem Fall wie dem vorliegenden entschieden, in dem die Erkrankung während des bestehenden

Beschäftigungsverhältnisses eingetreten und der Versicherte später arbeitslos geworden sei. Nur bei einer Erkrankung während der Arbeitslosigkeit komme es nach dem Urteil des 11. Senats des Bundessozialgerichts (BSG) vom 21. September 1995 (11 RAr 35/95 - SozR 3-4100 § 105b Nr 2) auf die zumutbare Verweisungstätigkeit im Sinne des Rechts der Arbeitsförderung an. Nach den durchgeführten Ermittlungen seien dem Kläger ähnliche Tätigkeiten wie als Disponent gesundheitlich nicht zumutbar, so daß er weiter als arbeitsunfähig anzusehen sei.

Mit der vom SG zugelassenen Sprungrevision rügt die Beklagte sinngemäß eine Verletzung des § 44 Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V). Die frühere Rechtsprechung, wonach die Verweisbarkeit eines erkrankten Arbeitnehmers auch nach dem Verlust seines Arbeitsplatzes auf gleichartige Tätigkeiten eingeschränkt bleibe (BSGE 57, 227 = SozR 2200 § 182 Nr 96; BSGE 61, 66 = SozR 2200 § 182 Nr

104), lasse Ähnlichkeiten zur Zumutbarkeitsanordnung der Bundesanstalt für Arbeit vom 16. März 1982 (ZumutbarkeitsAnO) erkennen, die den Arbeitslosen vor dem beruflichen Abstieg in eine minderqualifizierte Tätigkeit geschützt habe, wenn er vorher in einem anerkannten Ausbildungsberuf tätig gewesen sei. Einen Berufsschutz habe die Rechtsprechung durch die Mehrstufentheorie auch im Rentenversicherungsrecht geschaffen. Das sei sachgerecht, denn die Vergleichbarkeit der Sachverhalte erfordere eine einheitliche Behandlung in allen Sozialversicherungszweigen.

Diese Rechtslage habe sich dadurch entscheidend geändert, daß der Gesetzgeber im Recht der Arbeitsförderung zum 1. April 1997 die Beurteilung der Zumutbarkeit durch eine abschließende Regelung den veränderten Anforderungen auf dem Arbeitsmarkt angepaßt habe (§ 103b Arbeitsförderungsgesetz, jetzt: § 121 Drittes Buch Sozialgesetzbuch - SGB III). Seitdem werde bei Arbeitslosen ein besonderer Schutz für Ausbildungsberufe nicht mehr anerkannt. Auch im Bereich der gesetzlichen Unfallversicherung sei der Berufsschutz weitestgehend beseitigt worden (Hinweis auf § 46 Abs 3 Satz 2 Nr 1 Siebtes Buch Sozialgesetzbuch - SGB VII, der von den Unfallversicherungsträgern iS des § 121 SGB III angewandt werde, vgl Rundschreiben des HVBG VB 20/98). Diese Änderungen wirkten sich auch auf das Krankenversicherungsrecht aus, zumal es sich bei Verletztengeld und Krankengeld um vergleichbare Leistungen handle.

Nach der bisherigen Rechtsprechung werde der erkrankte Versicherte je nach dem Zeitpunkt des Eintritts der Erkrankung unterschiedlich behandelt. Bei einer Erkrankung nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses seien alle Tätigkeiten zu berücksichtigen, in die der Arbeitslose zumutbar vermittelt werden dürfe; erkrankte der Versicherte während des bestehenden Arbeitsverhältnisses, bleibe dieses für die Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit maßgeblich. Zwischen den beiden Fallgestaltungen bestehe kein so wesentlicher Unterschied, daß der unterschiedliche Berufsschutz gerechtfertigt sei.

Die Beklagte beantragt,

das angefochtene Urteil aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Er hält das Urteil des SG für zutreffend, denn es entspreche der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung. Den Gesetzesmotiven zu § 44 SGB V sei nicht die Absicht zu entnehmen, den Begriff der Arbeitsunfähigkeit gegenüber dem Rechtszustand nach der Reichsversicherungsordnung (RVO) neu zu definieren. Für die Auffassung des SG spreche die Lohnersatzfunktion des Krankengeldes. Die Regelung über die Zumutbarkeit einer bestimmten Beschäftigung in § 121 SGB III habe eine andere Zielrichtung als der Begriff der Arbeitsunfähigkeit, so daß er nicht ins Krankenversicherungsrecht übertragen werden könne.

### **Entscheidungsgründe**

Die Revision ist unbegründet. Das SG hat zutreffend entschieden, daß die von der Beklagten erhobenen Einwände der Annahme von Arbeitsunfähigkeit nicht entgegenstehen. Andere Anspruchshindernisse sind nicht festgestellt.

Versicherte haben nach § 44 Abs 1 Satz 1 SGB V Anspruch auf Krankengeld, wenn die Krankheit sie arbeitsunfähig macht; die übrigen Alternativen dieser Vorschrift sind hier nicht einschlägig. Diese Grundvoraussetzung für den vom Kläger eingeklagten Anspruch ist erfüllt. Arbeitsunfähigkeit ist nach der ständigen Rechtsprechung des BSG gegeben, wenn der Versicherte seine zuletzt vor Eintritt des Versicherungsfalls konkret ausgeübte Arbeit wegen Krankheit nicht (weiter) verrichten kann. Daß er möglicherweise eine andere Tätigkeit trotz der gesundheitlichen Beeinträchtigung noch ausüben könnte, ist unerheblich. Gibt er nach Eintritt der Arbeitsunfähigkeit die zuletzt innegehabte Arbeitsstelle auf, ändert sich allerdings der rechtliche Maßstab insofern, als für die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit nicht mehr die konkreten Verhältnisse an diesem Arbeitsplatz maßgebend sind, sondern nunmehr abstrakt auf die Art der zuletzt ausgeübten Beschäftigung abzustellen ist. Der Versicherte darf dann auf gleich oder ähnlich geartete Tätigkeiten "verwiesen" werden, wobei aber der Kreis möglicher Verweisungstätigkeiten entsprechend der Funktion des Krankengelds eng zu ziehen ist. Handelt es sich bei der zuletzt ausgeübten Tätigkeit um einen anerkannten Ausbildungsberuf, so scheidet eine Verweisung auf eine außerhalb dieses Berufs liegende Beschäftigung aus. Auch eine Verweisungstätigkeit innerhalb des Ausbildungsberufs muß, was die Art der Verrichtung, die körperlichen und geistigen Anforderungen, die notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten sowie die Höhe der Entlohnung angeht, mit der bisher verrichteten Arbeit im wesentlichen übereinstimmen, so daß der Versicherte sie ohne größere Umstellung und Einarbeitung ausführen kann. Dieselben Bedingungen

gelten bei ungelerten Arbeiten, nur daß hier das Spektrum der zumutbaren Tätigkeiten deshalb größer ist, weil die Verweisung nicht durch die engen Grenzen eines Ausbildungsberufs eingeschränkt ist. Für die Beurteilung ist unerheblich, ob der Versicherte sich arbeitslos meldet und sein Einverständnis mit einer Vermittlung in einen anderen Beruf erklärt (zum Ganzen zuletzt Senatsurteil vom 8. Februar 2000 - B 1 KR 11/99 R - BSGE 85, 271, 273 f = SozR 3-2500 § 49 Nr 4 S 12 f mwN).

Nach dieser Rechtsprechung kann der Kläger nicht auf alle Tätigkeiten verwiesen werden, in die er als Arbeitsloser zumutbar vermittelt werden könnte. Seine Arbeitsunfähigkeit wäre vielmehr nur dann beseitigt, wenn er seinen früheren Beruf als Disponent wieder ausüben könnte oder wenn ihm sein Gesundheitszustand eine gleichartige Tätigkeit erlaubte. Das ist nach den tatsächlichen Feststellungen des SG jedoch nicht der Fall. Vielmehr ist für die Revisionsentscheidung davon auszugehen (§ 161 Abs 4, § 163 Sozialgerichtsgesetz - SGG), daß der Kläger vom 28. Oktober 1998 an über den 12. Februar 1999 hinaus zumindest bis zum 11. Juli 2000, dem Tag der mündlichen Verhandlung vor dem SG, durch seinen Gesundheitszustand an der Aufnahme einer Tätigkeit als Disponent oder einer vergleichbaren Tätigkeit gehindert war. Das begründet seine Arbeitsunfähigkeit, ohne daß es letztlich darauf ankommt, ob der Kläger im Zeitpunkt der Erkrankung am 28. Oktober 1999 eine Stelle inne hatte, die eine qualifizierte Berufsausbildung voraussetzte. Denn nach der dargestellten Rechtsprechung wird die Arbeitsunfähigkeit unabhängig von der Qualifikation durch die krankheitsbedingte Arbeitsverhinderung im Berufsfeld der bisherigen Tätigkeit begründet. Im übrigen äußert sich das angefochtene Urteil zwar nicht ausdrücklich zur Bewertung der früheren Arbeitsstelle des Klägers; es nimmt aber ua auf die eingeholte Arbeitgeberauskunft Bezug, in der mitgeteilt wird, der Kläger sei in eine Lohngruppe des einschlägigen Tarifvertrags eingestuft gewesen, die eine dreijährige Berufsausbildung voraussetzt. Nachdem die Beklagte die vom SG angenommene berufliche und gesundheitliche Einschränkung der Verweisbarkeit des Klägers nicht in Zweifel gezogen hat, besteht kein Anlaß für den Senat, dieser Frage weiter nachzugehen.

Die Bedenken der Beklagten gegen den rechtlichen Ausgangspunkt des SG überzeugen den Senat nicht. Die von ihr vorgetragene Auffassung, im Krankenversicherungsrecht, im Arbeitsförderungsrecht und im Rentenversicherungsrecht hätten bis zum 1. April 1997 übereinstimmende oder verwandte Kriterien für die Beurteilung gegolten, welches Tätigkeitsfeld einem Versicherten zur Vermeidung des jeweiligen Leistungsfalls zuzumuten sei, ist nicht nachvollziehbar. Der Senat hält es nicht für geboten, die offenkundige Unrichtigkeit dieser These anhand der Rechtsprechung zur Berufsunfähigkeit im Rentenversicherungsrecht oder anhand der ZumutbarkeitsAnO im Vergleich zur oben bereits dargestellten Rechtsprechung zur Arbeitsunfähigkeit näher zu belegen. Er sieht auch keinen Anlaß für die Erörterung, ob ein einheitlicher Berufsschutz im Sozialversicherungsrecht rechtspolitisch wünschenswert wäre. Nachdem ein solcher in der Vergangenheit jedenfalls nicht bestand und dies auch dem Gesetzgeber bekannt sein mußte, läßt sich aus einer diesbezüglichen Änderung im Arbeitsförderungsrecht für das Krankenversicherungsrecht nicht der von der Beklagten gewünschte Schluß ziehen.

Die Unabhängigkeit des Begriffs der Arbeitsunfähigkeit im Krankenversicherungsrecht von den Zumutbarkeitskriterien der Arbeitslosenversicherung wird dadurch unterstrichen, daß es die Rechtsprechung zu keinem Zeitpunkt für erforderlich gehalten hat, sich in den zum Krankengeld ergangenen Entscheidungen mit den bei Arbeitslosigkeit geltenden Zumutbarkeitsregeln auseinanderzusetzen. Obwohl die bereits dargestellten Merkmale für die Arbeitsunfähigkeit in den vergangenen 20 Jahren immer wieder zusammengefaßt und gerade für arbeitslose Versicherte fortentwickelt wurden, finden sich keine Ausführungen zur Zumutbarkeit iS des Arbeitsförderungsrechts (BSG USK 8309; BSG SozR 4100 § 158 Nr 6; BSG USK 8415; BSGE 57, 227 = SozR 2200 § 182 Nr 96; BSGE 61, 66 = SozR 2200 § 182 Nr 104; BSG SozR 2200 § 183 Nr 51; BSGE 73, 121 = SozR 3-4100 § 158 Nr 1; BSG USK 93103). Wenn diese Frage für relevant gehalten worden wäre, hätte dazu in den vier zuerst genannten Urteilen besonderer Anlaß bestanden, weil darin ausdrücklich entschieden wurde, daß es ohne Einfluß auf die Arbeitsunfähigkeit sei, wenn sich der Versicherte im Zusammenhang mit einer Arbeitslosmeldung bereit erkläre, auch eine andere als die bisher ausgeübte Tätigkeit aufzunehmen.

Daß die bisherige krankenversicherungsrechtliche Rechtsprechung die Zumutbarkeitskriterien bei Arbeitslosigkeit für unbeachtlich hielt, wird schließlich in den Urteilen vom 9. Dezember 1986 besonders deutlich. Obwohl § 10 ZumutbarkeitsAnO für die erste Zeit der Arbeitslosigkeit eine Lohneinbuße von bis zu 20% für zumutbar erklärte, ging das BSG im Krankenversicherungsrecht für die gesamte Zeit der Arbeitsunfähigkeit von einer zumutbaren Einbuße von höchstens 10% aus, ohne auf die anderslautende Bewertung in der ZumutbarkeitsAnO einzugehen (BSGE 61, 66, 73 = SozR 2200 § 182 Nr 104 S 227 f und Parallelurteil 8 RK 27/84 vom selben Tage, in BSG SozR 2200 § 183 Nr 51 S 146 insoweit nicht abgedruckt). Unter diesen Umständen ist es ausgeschlossen, der angeblichen Änderung der Rechtslage im Arbeitsförderungsrecht Anhaltspunkte für einen gleichgerichteten gesetzgeberischen

Willen im Krankenversicherungsrecht zu entnehmen. Überdies handelt es sich bei den fraglichen Rechtsänderungen eher um Korrekturen am Rande. Bei der Lohneinbuße erschöpfen sie sich darin, daß - bei unveränderter 20%-Grenze - der Zeitrahmen für die Beurteilung von vier auf drei Monate herabgesetzt wurde (§ 121 Abs 3 Satz 2 SGB III; im vierten bis sechsten Monat der Arbeitslosigkeit allerdings Anhebung auf 30%, vgl Satz 3). Obwohl die ausdrückliche Anknüpfung an den erreichten Ausbildungsstand aufgegeben wurde, wird der notwendige Berufsschutz laut Gesetzesbegründung mit der Begrenzung der Lohneinbuße erreicht, denn die berufliche Qualifikation spiegle sich in der Regel im Bemessungsentgelt wider (BT-Drucks 13/4941 S 238). Im Vergleich zur früheren Herabstufung um jeweils eine Qualifikationsstufe nach jeweils vier Monaten (§ 12 ZumutbarkeitsAnO) ist dadurch keine wesentliche Änderung eingetreten. Eine Parallele zum Krankenversicherungsrecht wurde auch insoweit nie gezogen, vielmehr ausdrücklich verneint (BSGE 69, 180, 184 = SozR 3-2200 § 182 Nr 9 S 40). Der Hinweis der Beklagten auf die Regelungen über das Ende des Verletztengeldes in der gesetzlichen Unfallversicherung geht ebenfalls fehl. § 46 Abs 3 Satz 2 Nr 1 SGB VII erklärt den Anspruch auf Verletztengeld mit dem Tag für beendet, an dem der Versicherte durch die Heilbehandlung in die Lage versetzt wird, eine zumutbare, zur Verfügung stehende Berufs- oder Erwerbstätigkeit aufzunehmen - mit dem Tag also, an dem ihm ein Berufswechsel gesundheitlich zuzumuten ist. Die Vorschrift greift aber nur ein, "wenn mit dem Wiedereintritt der Arbeitsfähigkeit nicht zu rechnen ist ...". Deshalb liegt darin keine Modifizierung der bisherigen Rechtsprechung zur Arbeitsunfähigkeit, sondern deren Bestätigung. Wäre entsprechend der Rechtsauffassung der Beklagten bei einer partiellen Wiederherstellung der Erwerbsfähigkeit eine weitere Arbeitsunfähigkeit schon begrifflich ausgeschlossen, hätte die Regelung keinen Sinn, denn dann würde der Anspruch auf Verletztengeld schon nach § 46 Abs 3 Satz 1 Nr 1 SGB VII entfallen, wenn der Gesundheitszustand dem Versicherten den Berufswechsel erlaubt. Die angesprochene Vorschrift geht in Satz 2 Nr 1 also gerade von einem Verständnis des Begriffs der Arbeitsunfähigkeit aus, das einen Wechsel in einen anderen Beruf ausschließt; nur wenn man diesen Standpunkt zugrundelegt, kann nämlich überhaupt der Fall eintreten, daß der Versicherte nicht als arbeitsfähig anzusehen ist, obwohl er nach seinem Gesundheitszustand eine Erwerbstätigkeit aufnehmen könnte.

Der Beklagten ist freilich einzuräumen, daß eine unterschiedliche Behandlung des Versicherten je nach dem, ob er während einer Beschäftigung oder während des Bezugs von Leistungen wegen Arbeitslosigkeit erkrankt, auf den ersten Blick unbefriedigend erscheinen muß - vor allem dann, wenn in einem Fall die Arbeitsunfähigkeit unmittelbar vor dem Ausscheiden aus der Beschäftigung und im anderen unmittelbar danach eingetreten ist. Die abschließende Bewertung derartiger Unterschiede setzt jedoch zunächst die Klärung voraus, in welchen Fallgestaltungen die Rechtsprechung zur Verweisungsproblematik zu Ergebnissen führt, die Versicherte in vergleichbarer Lage ungleich treffen. Da schon diesbezüglich zahlreiche Fragen offen sind und auch anlässlich des jetzigen Falles nicht endgültig beantwortet werden können, ist dieses Argument der Beklagten nicht geeignet, eine andere Entscheidung des Senats zu rechtfertigen.

Zum Anspruch von Versicherten, die während einer Arbeitslosigkeit erkranken, sind unter Geltung des SGB V bisher nur Entscheidungen ergangen, welche nicht den ersten, sondern einen späteren Dreijahreszeitraum betreffen, nachdem der Versicherte auf Grund durchgehender Arbeitsunfähigkeit im erlernten und bei Beginn der Erkrankung ausgeübten Beruf während eines früheren Dreijahreszeitraums für 78 Wochen Krankengeld bezogen und damit seinen Anspruch erschöpft hatte. Für diesen Fall hat der Senat entschieden, daß sich die für einen neuen Krankengeldanspruch erforderliche Arbeitsunfähigkeit nicht mehr an der früheren Tätigkeit orientiert, weil § 48 Abs 2 SGB V hierfür eine zwischenzeitliche Arbeitsfähigkeit und Vermittelbarkeit auf dem Arbeitsmarkt voraussetzt, soweit der Versicherte nicht erwerbstätig war. Bei durchgehender Arbeitsunfähigkeit im Tätigkeitsfeld des ursprünglichen Berufs ist eine zeitweilige Arbeitsfähigkeit nur für gesundheitlich weniger anspruchsvolle, berufsfremde Tätigkeiten denkbar; infolgedessen sind diese sowohl Maßstab für die Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit als auch für die Bemessung des Krankengeldes (BSGE 73, 121 = SozR 3-4100 § 158 Nr 1; vgl auch BSG SozR 3-2500 § 48 Nr 5). Der 11. Senat des BSG hat in demselben Sinne entschieden (BSG SozR 3-4100 § 105b Nr 2; zum Ganzen bereits Senatsurteil vom 8. Februar 2000, BSGE 85, 271, 274 f = SozR 3-2500 § 49 Nr 4 S 13 f). Die bezeichnete Rechtsprechung verneint den Berufsschutz in Bezug auf einen Arbeitsplatz, der während des ersten Dreijahreszeitraums verloren ging und auf dem der Versicherte in diesem Zeitraum zumindest während 78 Wochen aus gesundheitlichen Gründen nicht tätig sein konnte; zwischenzeitlich muß der Versicherte mindestens sechs Monate für eine andere Tätigkeit arbeitsfähig gewesen sein, ohne einen entsprechenden Arbeitsplatz zu finden. Diese Situation ist mit derjenigen des Klägers schon deshalb nicht vergleichbar, weil dieser die Bezugsbeschäftigung bis fünf Wochen vor der Arbeitslosigkeit

tatsächlich ausgeübt hat. Aber selbst wenn der Kläger erst später arbeitslos geworden wäre und seinen Arbeitsplatz beispielsweise noch ein Jahr lang (bis sechs Monate vor der Erschöpfung des Krankengeldanspruchs nach 78 Wochen) behalten hätte, ließen sich aus der zitierten Rechtsprechung gegen die Aufrechterhaltung des bisherigen Berufsschutzes keine zwingenden Argumente ableiten. Zwar hätte der Kläger dann - insofern dem Versicherten im zweiten Dreijahreszeitraum vergleichbar - sechs Monate für eine andere Tätigkeit zur Verfügung gestanden, ohne sie tatsächlich ausgeübt zu haben; die tatsächliche Ausübung des Bezugsberufs läge aber immer noch längstens ein Jahr zurück - gegenüber mehr als drei Jahren in dem vom Senat zu § 48 Abs 2 SGB V entschiedenen Fall. Eine hypothetische weitere Verlängerung des Arbeitsverhältnisses des Klägers hätte den Abstand zur tatsächlichen Berufsausübung zwar weiter verlängert; gleichzeitig würde aber die Dauer des Bezugs von Krankengeld nach Eintritt der Arbeitslosigkeit so verkürzt, daß von einem wesentlichen Vorteil gegenüber einer im zweiten Dreijahreszeitraum eintretenden Arbeitsunfähigkeit nicht mehr gesprochen werden könnte.

Ein Vergleich des Klägers mit einem Versicherten, dessen Arbeitsunfähigkeit als Arbeitsloser im ersten Dreijahreszeitraum zu beurteilen ist, weil er seine Arbeitsstelle verliert und nur mit Unterbrechungen krank ist, läßt sich nicht ohne weiteres anstellen, denn dazu hatte die Rechtsprechung bisher nicht Stellung zu nehmen; über diesen Fall ist bisher auch nicht sinngemäß mitentschieden. Ob sich dieser Versicherte nur auf seinen bisherigen Beruf beziehen kann, wenn er während des Beschäftigungsverhältnisses arbeitsunfähig wird, und ob dies nur gilt, solange die Arbeitsunfähigkeit ununterbrochen fortbesteht, oder ob der Berufsschutz auch noch greift, wenn sich der Versicherte bei gebesserem Gesundheitszustand vorübergehend dem Arbeitsmarkt zur Verfügung stellt, später jedoch wieder erkrankt, ist für das seit 1. Januar 1989 geltende Recht ebensowenig geklärt wie die Bedeutung der Dauer der Arbeitslosigkeit in diesen Fällen oder diejenige des Beginns des zweiten

Dreijahreszeitraums, ohne daß der Krankengeldanspruch im ersten erschöpft wurde.

Es ist im jetzigen Verfahren nicht Aufgabe des Senats, Lösungen für die angedeuteten Sachverhaltsvarianten zu entwickeln; sie enthielten für künftige Entscheidungen sowieso keine verbindlichen Aussagen, weil sie nicht zu den tragenden Gründen der jetzigen Entscheidung gehören würden. Die maßgebenden Gesichtspunkte sind indessen klar: Einerseits rechtfertigt die Lohnersatzfunktion des Krankengeldes die Besserstellung des entgeltlich beschäftigten gegenüber dem arbeitslosen Versicherten, bei dem mangels Beschäftigung kein Lohn entfallen kann, auch über den Zeitpunkt des Verlustes des Arbeitsplatzes hinaus. Das gilt unabhängig davon, ob die Erkrankung ein Grund dafür war, das Beschäftigungsverhältnis zu beenden. Denn nach dem Grundsatz, daß sich der Umfang des Versicherungsschutzes nach dem Zeitpunkt des Versicherungsfalles bestimmt, muß sich der Berufsschutz des arbeitsunfähigen Versicherten nach dem Beginn der Arbeitsunfähigkeit richten. Demnach ist die günstigere Rechtsposition des während einer Beschäftigung erkrankten Versicherten durch das Versicherungsprinzip gerechtfertigt; weil der Zeitpunkt der Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses insoweit die Wirkung eines Stichtags hat, vermag der Einwand, daß ein späterer Eintritt der Arbeitsunfähigkeit andere Rechtsfolgen ausgelöst hätte, das Ergebnis nicht in Zweifel zu ziehen. Der nach dem Recht der RVO noch mögliche Vorwurf einer unverhältnismäßigen Vergünstigung ist entkräftet, seitdem § 48 Abs 2 SGB V verhindert, daß die günstigere Rechtsposition auf Dauer zementiert wird. Im Lichte dieser Erwägungen muß die Entscheidung zugunsten des Berufsschutzes des Klägers keine Wertungswidersprüche bei künftigen Entscheidungen nach sich ziehen.

Außer dem Einwand der fehlenden Arbeitsunfähigkeit bestehen keine Bedenken gegen den Anspruch des Klägers, so daß das SG der Klage zu Recht stattgegeben hat. Der Kläger hat in erster Instanz zu Protokoll erklärt, er habe bis zum Tag der mündlichen Verhandlung ununterbrochen Arbeitslosengeld erhalten; ein Rentenantrag sei nicht gestellt worden. Der Bezug von Arbeitslosengeld schließt den Anspruch des Klägers nicht aus. Zwar scheint § 49 Abs 1 Nr 3a SGB V beim Zusammentreffen von Arbeitslosengeld und Krankengeld den Nachrang des Krankengeldes anzuordnen; diese Bestimmung bezieht sich aber ausschließlich auf den Fall der Fortzahlung des Arbeitslosengeldes im Krankheitsfall (§ 126 Abs 1 Satz 1 SGB III), weil sonst das in § 142 Abs 1 Nr 2 SGB III für die Zeit eines Krankengeldanspruchs angeordnete Ruhen des Arbeitslosengeldes leerlaufen würde (in diesem Sinne zu den früheren entsprechenden Vorschriften § 183 Abs 6 RVO, § 105b, 118 Abs 1 Nr 2 AFG: BSGE 61, 193 = SozR 2200 § 183 Nr 52). Mit Rücksicht auf den hier bejahten Krankengeldanspruch stellt sich die Gewährung von Arbeitslosengeld nachträglich als rechtswidrig dar, so daß der Bundesanstalt für Arbeit ein Erstattungsanspruch gegen die Beklagte zusteht und das bezogene Arbeitslosengeld als in Erfüllung des dem Kläger zustehenden Krankengeldanspruchs geleistet gilt (§ 107 Abs 1 SGB X). Deshalb muß sich der Kläger die bereits erhaltene Leistung auf seinen Anspruch anrechnen lassen. Zur Vermeidung von Mißverständnissen ist im Tenor allerdings klarzustellen, daß der Anspruch des Klägers nicht über 78 Wochen hinausreicht.

Im wesentlichen Punkt des Anspruchs auf Krankengeld dem Grunde nach ist die Revision der Beklagten zurückzuweisen, so daß sie nach § 193 SGG auch die außergerichtlichen Kosten des Klägers für das Revisionsverfahren zu übernehmen hat.