

Aufsatz

Zur Frage: Berührt der Krankenstand eines vermittelten Arbeitnehmers das Beschäftigungsverhältnis im Sinne § 45 Abs. 6 Satz 5 SGB III?

Abkürzungsverzeichnis

BA	-	Bundesagentur für Arbeit
PAV	-	Private Arbeitsvermittlung (= zugelassene Träger der Arbeitsförderung für den Fachbereich 2 AZAV)
AVGS MPAV	-	Aktivierungs- und Vermittlungsgutschein - Maßnahme private Arbeitsvermittlung gem. § 45 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 und Abs. 6 SGB III

Personenbezeichnungen verstehen sich geschlechtsneutral.

1. These:

Zeiten des Krankenstandes eines vermittelten Arbeitnehmers berühren das Beschäftigungsverhältnis im Sinne § 45 Abs. 6 Satz 5 SGB III nicht.

2. Hintergrund:

Seit Dezember 2017 verlangt die BA auf dem Formular "Vermittlungs- und Beschäftigungsbestätigung" die Angabe von Zeiten, in denen den vermittelten Arbeitnehmern kein Arbeitsentgelt gezahlt wurde, "z.B. wegen Krankengeldbezugs". In mindestens einem Fall wurde nun einer PAV die Auszahlung der ersten Rate nach 6 Wochen Beschäftigung deswegen abgelehnt, weil der vermittelte Arbeitnehmer in dieser Zeit 5 Tage krank war. Damit setzt die BA ihre Geschäftsanweisung erstmalig um, nach sie bestimmt:

GA § 45 SGB III - MPAV vom 20.11.2014

Punkt 45.19 (2)

Während des Bezuges von Krankengeld besteht kein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis. nach §§ 24, 25 SGB III. Zeiten des Krankengeldbezuges können somit nicht in die Berechnung der 6-Monatsfrist einbezogen werden.

3. Rechtslage

Der Begriff "Beschäftigungsverhältnis" ist gesetzlich nicht definiert. Zwar gibt es den Begriff im

§ 7 SGB IV

(3) Eine Beschäftigung gegen Arbeitsentgelt gilt als fortbestehend, solange das **Beschäftigungsverhältnis** ohne Anspruch auf Arbeitsentgelt fort dauert, jedoch nicht länger als einen Monat. ...

Dieser beschreibt aber nur die **Fiktion** "Beschäftigung gegen Arbeitsentgelt" während einer Zeit eines Beschäftigungsverhältnisses ohne Arbeitsentgelt. Von dieser Fiktion sind Zeiten des Bezuges von Krankengeld wiederum ausdrücklich ausgenommen:

§ 7 SGB IV

(3) ...Satz 1 gilt nicht, wenn Krankengeld, Krankentagegeld, Verletztengeld, Versorgungs-Krankengeld, Übergangsgeld, Pflegeunterstützungsgeld oder Mutterschaftsgeld oder nach gesetzlichen Vorschriften Erziehungsgeld oder Elterngeld bezogen oder Elternzeit in Anspruch genommen oder Wehrdienst oder Zivildienst geleistet wird. 4Satz 1 gilt auch nicht für die Freistellung nach § 3 des Pflegezeitgesetzes.

Damit zählt der Krankenstand als "Beschäftigung ohne Arbeitsentgelt".

Der Begriff des "Beschäftigungsverhältnisses" wird hier also nicht geklärt. Jedenfalls ist von diesem die Selbstständigkeit abgegrenzt.

In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass es keine gesetzliche Definition des Begriffes "Beschäftigungsverhältnis" gibt. Es muss stattdessen hier am jeweils mutmaßlichen Willen des Gesetzgebers ausgelegt werden.

Bereits das Reichsversicherungamt hat in den 20er Jahren des letzten Jahrhunderts die Betrachtung der tatsächlichen Verhältnisse -und dies weitgehend unabhängig vom Arbeitsvertrag- für maßgebend erachtet (so z.B. RVA GE 2766 von 1923).

Das BSG folgt dem bis heute. Es kommt nicht auf die tatsächliche Arbeitsleistung an, es reicht die Bereitschaft des Arbeitnehmers zur Arbeit, bei Weiterbestehen des Arbeitsvertrages freilich. Hinzu kommt die Verfügungsmacht (heute "Direktionsrecht" genannt) des Arbeitgebers über den Arbeitnehmer.

1973 dann, bei einer Erörterung der Rentenversicherungspflicht während eines Streiks, äußert sich das BSG auch zum Erfordernis der Entgeltlichkeit: Diese ist nicht bedeutsam, denn schließlich bleibt diese für die Rentenberechnung der Lehrlinge auch außer Betracht (BSG GS 1/73).

Ein bahnbrechendes Grundsatzurteil fällt das BSG 1993 (11 RAr 69/92). Dieses wird bis heute bei Berührung im Zusammenhang mit dem Begriff "Beschäftigungsverhältnis" und dem § 7 SGB IV zitiert.

Es wird zunächst klargestellt:

BSG 11 RAr 69/92

Die weitere Entwicklung der Rechtsprechung hat jedoch gezeigt, daß ein angemessener Sozialrechtsschutz nicht durchgehend gewährleistet ist, wenn für das Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses ausnahmslos an die tatsächliche Arbeitsleistung angeknüpft wird. Vorübergehende Unterbrechungen der tatsächlichen Arbeitsleistung sollen den Bestand des Beschäftigungsverhältnisses unberührt lassen, wenn "das Arbeitsverhältnis fortbesteht und Arbeitgeber und Arbeitnehmer den Willen haben, das Beschäftigungsverhältnis fortzusetzen" ...

Das BSG verlangt die Betrachtung eines Sachzusammenhanges:

Dabei hat das BSG hervorgehoben, die Merkmale des Beschäftigungsverhältnisses ließen sich nicht generalisierend oder abschließend bestimmen. Sie könnten je nach dem Zusammenhang, in den die einzelne Norm gestellt sei, unterschiedliche Bedeutung erlangen (BSG aaO). Dies bedeutet nicht die Auflösung des Tatbestandsmerkmals "Beschäftigungsverhältnis".

und die entsprechende Auslegung nach dem Willen des Gesetzgebers:

Gefordert ist vielmehr eine "funktionsdifferente Auslegung" ..., die den Inhalt der konkreten Rechtsnorm sachbezogen nach ihrer Stellung und Aufgabe in der Rechtsordnung bestimmt.

Nicht erforderlich ist hier nach der Entscheidung des BSG, nach heutiger Lesart der BA ("versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis"), dafür die Versicherungspflicht im leistungsrechtlichen Sinn:

Ausdrücklich hat das BSG zwischen einem "beitragsrechtlichen und leistungsrechtlichen Begriff des Beschäftigungsverhältnisses in der Arbeitslosenversicherung" unterschieden Die Merkmale des die Beitragspflicht begründenden Beschäftigungsverhältnisses sind deshalb nicht unbesehen auf das leistungsrechtliche Beschäftigungsverhältnis iS des § 101 Abs 1 Satz 1 AFG (-alt - d.Verf.) übertragbar.

Die Rechtsprechung zum Beitragsrecht mißt Unterbrechungen der tatsächlichen Beschäftigung "von begrenzter Dauer" ... für den Fortbestand des Beschäftigungsverhältnisses keine Bedeutung bei, weil dem Merkmal in diesem Zusammenhang die Funktion zukommt, den Versicherungsschutz in der Sozial- und Arbeitslosenversicherung zu gewährleisten.

Das Beschäftigungsverhältnis kann also auch (nur) im beitragsrechtlichen Sinn betrachtet werden. Der Arbeitnehmer genießt schließlich auch in Zeiten des Krankenstandes Versicherungsschutz in der Sozial- und Arbeitslosenversicherung.

In der "funktionsdifferenten Auslegung" des Begriffes "Beschäftigungsverhältnis" ging und geht es hier (seit 2005) nur um die Schaffung einer Wartefrist für den PAV, um nicht sofort nach Unterzeichnung des Arbeitsvertrages und der Arbeitsaufnahme den AVGS MPAV abrechenbar zu machen.

Eine Re-Finanzierung des AVGS MPAV durch eingezahlte Beiträge ist zwar ein wichtiger, faktischer Nebeneffekt. Der Gesetzgeber hat eine solche aber nicht als Tatbestand für die Auszahlung der Vermittlungsvergütung vorgeschrieben. Daher verlangt § 45 Abs. 6 Satz 5 SGB III auch nur ein "Beschäftigungsverhältnis", kein "versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis".

Fazit:

Unterbrechungen der tatsächlichen Beschäftigung "von begrenzter Dauer" sind für die Berechnung des Beschäftigungsverhältnisses gemäß § 45 Abs. 6 Satz 5 SGB III keine Bedeutung beizumessen.

Leipzig, 23.03.2018

Dipl.-Jur. Thomas Krug
Vorsitzender des Arbeitskreises Leipziger Personalvermittler e.V.