

## L 11 KR 2278/09

Land  
Baden-Württemberg  
Sozialgericht  
LSG Baden-Württemberg  
Sachgebiet  
Krankenversicherung  
Abteilung  
11  
1. Instanz  
SG Stuttgart (BWB)  
Aktenzeichen  
S 8 KR 3997/06  
Datum  
06.04.2009  
2. Instanz  
LSG Baden-Württemberg  
Aktenzeichen  
L 11 KR 2278/09  
Datum  
01.03.2011  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen

-  
Datum

-  
Kategorie  
Urteil

Leitsätze

Ein Kostenerstattungsanspruch nach [§ 13 Abs 3 SGB V](#) ist keine laufende Geldleistung iSd [§ 56 Abs 1 Satz 1 Nr 1 SGB I](#).

Die Annahme eines sozialversicherungspflichtigen

Beschäftigungsverhältnisses zwischen Ehegatten bzw einer Kapitalgesellschaft, die vom Ehemann beherrscht wird, und seiner Ehefrau darf und muss davon abhängig gemacht werden, dass die Beschäftigung auch tatsächlich im vereinbarten Umfang ausgeübt worden ist (vgl BVerfG,

Kammerbeschluss vom 07.11.1995, [NJW 1996, 833](#) zum Steuerrecht).

Legen die Umstände des Falles ein missbräuchliches Verhalten oder eine

Manipulation zu Lasten der Krankenkasse nahe, sind an den Nachweis der Tatsachen, die Versicherungspflicht begründen, strenge

Anforderungen zu stellen (Anschluss an BSG, Urteil vom 04.12.1997, [SozR 3-2500 § 5 Nr 37](#); vgl auch BSG, Urteil vom 29.09.1998 [SozR 3-2500 § 5 Nr 40](#)).

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 6. April 2009 aufgehoben und die Klage in vollem Umfang abgewiesen.

Die Berufung des Klägers wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Verfahrens beider Instanzen mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen.

Der Streitwert für das Klage- und Berufungsverfahren wird auf 28.729,36 EUR festgesetzt.

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob die verstorbene Ehefrau des Klägers, H. K. (im Folgenden: H.K.), in der Zeit vom 1. April 2003 bis zu ihrem Tod am 14. November 2003 Mitglied bei der Rechtsvorgängerin der Beklagten (im Folgenden einheitlich als Beklagte bezeichnet) war und ob ihr hierauf beruhende (Erstattungs-)Ansprüche zustanden.

Die am 15. Oktober 1950 geborene H.K. betrieb von 1971 bis November 1999 ein Reitsportfachgeschäft und war von Januar 1999 bis März 2003 im Einzelunternehmen des Klägers mit einem Gehalt von zunächst 630 DM (später 325 EUR) mit weniger als 14 Stunden wöchentlich geringfügig beschäftigt (Arbeitsvertrag über Aushilfstätigkeit vom 2. Januar 1999). Der Kläger hatte sich zuvor, nachdem er als leitender Mitarbeiter bei der Firma I. ausgeschieden war, auf dem Gebiet der Unternehmensberatung in der IT-Branche selbständig gemacht, wobei er auch mehrere Aufsichtsratsmandate inne hatte. Die H.K. erledigte für ihn in dieser Zeit Büroarbeiten, wobei sie nach ihren eigenen Angaben im gemeinsamen Wohnhaus ein abgeschlossenes Büro inne hatte, das sie der Firma des Klägers vermietet hatte.

Am 23. Dezember 2002 gründete der Kläger zusammen mit seinem Sohn T. K. (im Folgenden T.K.) die K.-Executive-Consulting GmbH (frühere Beigeladene zu 1; im Folgenden: einheitlich als GmbH bezeichnet) mit einem Stammkapital von 25.000 EUR, wobei der Kläger 90 % und T.K. 10 % des Stammkapitals hielten. Die GmbH wurde am 6. Februar 2003 in das Handelsregister eingetragen (Handelsregisterauszug des Amtsgerichts B. HRB 5 ...). Gegenstand des Unternehmens war die Beratung von Führungskräften der IT-Industrie und alle damit im Zusammenhang stehenden Geschäfte. Die GmbH beschäftigte neben freien Mitarbeitern eine Sekretärin (Frau J. D.; im Folgenden: J.D.), die vormittags von ihrer eigenen Wohnung aus im Wesentlichen Telefondienst für das Unternehmen verrichtete und daneben auch noch für ein weiteres Unternehmen tätig war. Die GmbH ist mittlerweile aufgrund des Verschmelzungsvertrags vom 21. Juli 2006 mit Änderung vom 26. Oktober 2006 mit dem Vermögen des Klägers verschmolzen und gelöscht worden (Handelsregister B des Amtsgerichts S., HRB 2 ...).

Am 31. März 2003 schloss die H.K. mit der GmbH einen Arbeitsvertrag, wonach sie ab dem 1. April 2003 als Angestellte mit der Hälfte der regelmäßigen Arbeitszeit eines vollbeschäftigten Arbeitnehmers für eine monatliche Bruttovergütung in Höhe von 1.200 EUR tätig sein sollte. Es wurden zudem 30 Urlaubshalbtage sowie Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall vereinbart (Arbeitsvertrag vom 31. März 2003). Nach eigenen Angaben des Klägers und der H.K. verrichtete sie ab dem 1. April 2003 im häuslichen Büro sodann nachmittags ua Telefondienste sowie Buchhaltungstätigkeiten. Im Mai 2003 wurde die H.K. durch die Arbeitgeberin als abhängig Beschäftigte zur Sozialversicherung angemeldet. Die H.K. wählte die Beklagte als gesetzliche Krankenkasse und diese stellte unter dem 28. April 2009 für die GmbH eine Mitgliedsbescheinigung nach § 175 Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V) aus, wonach die H.K. seit dem 1. April 2003 bei ihr Mitglied sei. Im Aufnahmeantrag vom 6. Mai 2003 gab die H.K. gegenüber der Beklagten an, sie arbeite seit dem 1. April 2003 als Sekretärin bei der GmbH für ein monatliches Bruttoentgelt in Höhe von 1.200 EUR bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von 20 Stunden. Im Fragebogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung eines Beschäftigungsverhältnisses zwischen Angehörigen gaben der Kläger und die H.K. unter dem 6. Mai 2003 an, die H.K. müsse folgende Tätigkeiten verrichten: Buchhaltung, Telefondienst nachmittags, Schreibarbeiten, Reiseplanung, Terminvereinbarung und Ablage. Die H.K. sei an Weisungen des Betriebsinhabers gebunden. Sie könne ihre Tätigkeit nicht frei bestimmen und gestalten. Das Arbeitsentgelt werde auf ein privates Bank-Girokonto der H.K. überwiesen und es würde auch Lohnsteuer entrichtet, weil das Arbeitsentgelt als Betriebsausgabe gebucht werde. Auch sei ein Lohnfortzahlungsanspruch bei Arbeitsunfähigkeit vereinbart worden. Das Büro stehe im Eigentum der H.K. und werde an die GmbH vermietet. Sie erhalte hierfür 855,90 EUR.

Die H.K. war bei der Beklagten bereits vom 1. September 1981 bis 30. April 2002 als freiwilliges Mitglied versichert, und zwar vom 1. Januar 1991 bis 19. November 1999 als hauptberuflich selbständig Tätige und ab 20. November 1999 als nicht erwerbstätige Ehegattin (der Kläger ist privat kranken- und pflegeversichert) mit Höchstbemessung. Zum 1. Mai 2002 wechselte sie zur A. Krankenversicherung AG (im Folgenden: A.). Versicherungsnehmer war hierbei der Kläger, versicherte Person die H.K. (Versicherungsschein vom 6. Februar 2002). Es wurde zunächst eine Beitragsprämie in Höhe von 519,03 EUR und sodann eine Beitragsprämie (ab 1. Januar 2003) in Höhe von 560,80 EUR vereinbart. Mit Schreiben vom 14. März 2003 erklärte die A. gemäß § 16 Versicherungsvertragsgesetz (VVG) den Rücktritt vom Versicherungsvertrag, nachdem die H.K. in ihrem Aufnahmeantrag nicht angegeben habe, "auch wegen Bluthochdruck, einer Formveränderung der Schilddrüse, Beschwerden seitens der Lendenwirbelsäule und einem depressiven Syndrom behandelt/untersucht" worden zu sein. Gleichzeitig bot die A. den Abschluss eines neuen Vertrages mit einem Zuschlag ab dem 1. April 2003 in Höhe von monatlich 776,61 EUR an. Dieses Angebot wurde vom Kläger nicht angenommen. Die Versicherung wurde aber im April 2003 in eine Chefarzt-Zusatzversicherung umgewandelt.

Bereits im November 2002 war bei der H.K. ein metastasierendes Bronchial-Karzinom festgestellt worden mit cerebralen und ossären Metastasierungen, nachdem bereits im Oktober 2002 ein Zufallsbefund eines Lungenherdes im Bereich des rechten Unterlappens erhoben wurde. Vom 21. November bis 4. Dezember 2002 wurde die H.K. deswegen in der Klinik Sch. stationär behandelt. Es wurden Lungenkeilresektionen durchgeführt und drei Lymphknoten entfernt (Arztbrief der Assistenzärztin R. vom 3. Dezember 2002). Vom 8. bis 10. Januar 2003 wurde sie stationär im Universitätsklinikum F. behandelt (stereotaktische Bestrahlung zweier Hirnmetastasen am 9. Januar 2003). Prof. Dr. O. hielt im Arztbrief vom 9. Januar 2003 fest, die H.K. sei in gutem Allgemeinzustand erschienen. Während und nach der radiochirurgischen Behandlung seien keine Komplikationen aufgetreten. Es wurde eine Wiedervorstellung für den 3. April 2003 vereinbart. Am 30. Januar 2003 stellte sie sich beim Universitätsklinikum T., Klinik für Radioonkologie, zur ambulanten Untersuchung vor. Prof. Dr. B. gab diesbezüglich in seinem Arztbrief vom 5. Februar 2003 an, bei der H.K. habe ein gutes Allgemeinbefinden bestanden und sie habe nur gelegentlich über Kopfschmerzen geklagt. Eine ergänzende Ganzhirnbestrahlung sei derzeit nicht zwingend notwendig. Empfohlen wurde eine Verlaufskontrolle mit Schädel-CT und Wiedervorstellung bei gegebenenfalls auftretendem cerebralem Progress. Die ossäre Metastase im Bereich des linken Schenkelhalses sowie des linken Sitzbeines seien derzeit nahezu asymptomatisch und hätten darüber hinaus nicht zu einer Statikgefährdung des Knochens geführt. Auch diesbezüglich bestehe derzeit aus strahlentherapeutischer Sicht kein weiterer Handlungsbedarf. Im Vordergrund der weiteren Therapie stehe die Systembehandlung. Im Anschluss daran wurde eine orale Chemotherapie mit Capecitabin im Rahmen eines individuellen Heilversuches durchgeführt, die sich jedoch als ineffektiv zeigte (Arztbrief des Ärztlichen Direktors des Universitätsklinikums T. - Medizinische Klinik und Poliklinik - Prof. Dr. K. vom 23. April 2003). Bei einer neurochirurgischen Nachsorgeuntersuchung mit Schädel-CT in F. am 8. April 2003 zeigte sich eine deutliche Regression beider Hirnmetastasen. Allerdings wurde bereits am 16. April 2003 bei einer ambulanten Untersuchung im Universitätsklinikum T. ein Progress der mediastinalen Lymphknotenmetastasierung um 10 bis 15 % festgestellt. Ein Größenprogress wurde auch im Bereich eines Milzherdes festgestellt, der - so Prof. Dr. K. in seinem Arztbrief vom 23. April 2003 - retrospektiv bereits auf der Voraufnahme zu erkennen sei. Im Übrigen habe sich die H.K. in einem guten Allgemeinzustand befunden und es habe zuvor eine geringe Tumorlast mit fehlender Symptomatik bestanden. Zudem hätten sich kleine Veränderungen im Bereich der Leber und der Niere gezeigt. Es wurde deshalb eine Therapieumstellung auf ein platinhaltiges Kombinations-Chemotherapie-Protokoll vorgeschlagen. Vom 19. bis 20. April 2003 wurde die H.K. sodann im Städtischen Krankenhaus Si., Abteilung Neurologie, wegen Übelkeit und Kopfschmerzen und einer Zungenteilparese stationär behandelt. Es stellte sich eine Kleinhirnmetastase heraus. Unter Dexamethadon wurde eine deutliche Besserung der Beschwerden erreicht, sodass die H.K. in gebessertem Zustand entlassen werden konnte (Arztbrief des Prof. Dr. N. vom 2. Mai 2003). Vom 29. April bis 1. Mai 2003 musste die Klägerin erneut stationär in der Neurologischen Klinik des Universitätsklinikums T. behandelt werden. Es wurde bei einem guten Allgemeinzustand der H.K. eine Tumorprogression mit neuen multiplen ZNS-Filialen und Filialen in Leber, Niere, Milz und Knochen festgestellt (Arztbrief des Prof. Dr. D. vom 15. Mai 2003). Dabei wurde eine Ganzhirnbestrahlung und eine Umstellung der systemischen Chemotherapie geplant. Vom 2. bis 14. Juni 2003 wurde die Klägerin im Universitätsklinikum T. (Medizinische Klinik und Poliklinik) sodann stationär wegen einer bakteriellen Pneumonie und einem erneuten Progress der bekannten Leber- und Milzmetastasen behandelt. Es wurde eine erneute Umstellung der Chemotherapie vorgeschlagen (Arztbrief des Prof. Dr. K. vom 23. Juni 2003). Am 5. Juni 2003 bescheinigte der Hausarzt der H.K., Internist Dr. G., Arbeitsunfähigkeit ab dem 30. Mai 2003. Als voraussichtliches Ende gab er den 30. Juni 2003 an (Diagnose: ICD 10 C 34.9 = Bronchus oder Lunge, nicht näher bezeichnet). Im Rahmen einer Folgebescheinigung bescheinigte das Universitätsklinikum T. am 9. Juli 2003 Arbeitsunfähigkeit bis zum 1. September 2003 (Diagnose: "NSCLC"). Nach Angaben des Klägers erhielt die H.K. in der Zeit von Juli bis September 2003 sechs Wochen Lohnfortzahlung.

Mit Bescheid vom 23. Mai 2003 genehmigte die Beklagte der H.K. eine Kunsthaarperücke als Hilfsmittel und übernahm nach Abzug des Eigenanteils von 150 EUR einen Betrag von 250 EUR. Gleichzeitig holte die Beklagte Arztauskünfte bei den behandelnden Ärzten ein. Dr. Ch. vom Städtischen Krankenhaus Si. gab unter dem 23. Mai 2003 an, bei der H.K. bestehe wegen eines multifokalen, metastasierenden Bronchial-Karzinoms Arbeitsunfähigkeit. Sie sei am 19./20. April 2003 behandelt worden, ob sie bereits zu einem früheren Zeitpunkt arbeitsunfähig gewesen sei, sei nicht bekannt. Das Universitätsklinikum T. (Medizinische Klinik und Poliklinik) gab unter dem 27. Mai 2003 an (Unterschrift unleserlich), bei der H.K. bestehe dauerhaft Arbeitsunfähigkeit wegen eines Bronchial-Karzinoms. Sie sei erstmalig am 3.

Februar 2003 behandelt worden. Zurzeit werde eine palliative Chemotherapie durchgeführt. Die Erwerbsfähigkeit sei erheblich gefährdet bzw. gemindert und die H.K. könne ihre zuletzt ausgeübte Tätigkeit nicht wieder aufnehmen. Unter dem 27. Mai 2003 teilte die H.K. der Beklagten daraufhin mit, dass sie zwar krank sei, aber nicht arbeitsunfähig. Die Nebenwirkungen der Chemotherapie seien bis jetzt erträglich, sodass sie ihre Halbtagsstätigkeit weiter ausüben werde. In ihrer Auskunft vom 2. Juni 2003 gab sie gegenüber der Beklagten an, dass sie zuletzt am 29. Mai 2003 gearbeitet habe und seither wegen einer Lungenentzündung vor dem Hintergrund einer Krebstherapie arbeitsunfähig sei. Ihre Tätigkeit als Sekretärin umfasse die Buchhaltung, Ablage, Schreibarbeiten und Telefondienst.

Am 6. Juni 2003 beantragte die H.K. die Gewährung von Krankengeld. Hierbei gab sie auch an, dass sie seit 1. April 2000 eine Berufsunfähigkeitsrente von der Nürnberger Versicherung beziehe. Bei einer erneuten Anfrage bei dem Universitätsklinikum T. (Medizinische Universitätsklinik und Poliklinik - Station D 2) wurde unter dem 6. Juni 2003 ausgeführt (Unterschrift unleserlich), bereits am 3. Februar 2003 habe Arbeitsunfähigkeit bestanden, Arbeitsfähigkeit sei bis zum 19. April 2003 (Aufnahme im Kreiskrankenhaus Si.) nicht eingetreten. Ob vor dem 3. Februar 2003 Arbeitsunfähigkeit bestanden habe, sei hingegen nicht beurteilbar.

Mit Schreiben vom 18. Juni 2003 teilte die Beklagte der H.K. mit, es werde geprüft, ob sie in einem Beschäftigungsverhältnis im sozialversicherungsrechtlichen Sinne stehe. Es wurde ihr zugleich empfohlen, sich mit ihrem bisherigen Krankenversicherungsunternehmen in Verbindung zu setzen, um den Versicherungsvertrag weiterhin aufrecht zu erhalten. Mit Anhörungsschreiben vom 3. Juli 2003 teilte die Beklagte der H.K. und der GmbH mit, nach § 28h Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV) habe die Einzugsstelle über die Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung zu entscheiden. Nachdem vom 3. Februar bis mindestens 19. April 2003 durchgehend Arbeitsunfähigkeit bestanden habe, sei davon auszugehen, dass eine Beschäftigungsaufnahme zum 1. April 2003 nicht erfolgt sei. Die allgemeine Lebenserfahrung spreche dagegen, dass eine seit Jahren ausgeübte geringfügige Beschäftigung mit einem monatlichen Arbeitsentgelt von 325 EUR - insbesondere bei Vorliegen einer schweren Erkrankung - nun auf der Basis einer Halbtagsbeschäftigung mit einem monatlichen Arbeitsentgelt von 1.200 EUR ausgeübt werden solle. Unter Beachtung der Gesamtumstände liege ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis nicht vor, sodass die beantragte Mitgliedschaft zum 1. April 2003 nicht zustande gekommen sei. Man beabsichtige, die bereits gewährten Leistungen zurückzufordern. Die H.K. teilte mit Schreiben vom 16. Juli 2003 mit, die Entscheidung, ihre Tätigkeit auszuweiten, sei schon im September 2002 getroffen worden, als T.K. entschieden habe, später in die Firma des Klägers einzutreten und das Unternehmen weiterzuführen. Es sei klar gewesen, dass die Ausweitung des Geschäftsvolumens auch ein Mehrbedarf an Sekretariatsarbeiten bedinge. Die H.K. legte zudem die ärztliche Bescheinigung des Oberarztes Dr. Sö. (Universitätsklinikum T. - Medizinische Klinik und Poliklinik) vom 10. Juli 2003 vor, wonach Arbeitsunfähigkeit bis Mitte April nicht vorgelegen habe. Es habe keine nennenswerte Symptomatik bestanden. Im weiteren Verlauf hätten sich wiederholt kurzzeitige Arbeitsunfähigkeitszeiten durch auftretende Tumorkomplikationen ergeben. Durchgehende Arbeitsunfähigkeit bestehe seit dem 30. Mai 2003. Zu diesem Zeitpunkt habe eine Pneumonie bestanden, aktuell bestünden aufgrund der teilstationär durchgeführten Chemotherapie Nebenwirkungen, die zur Arbeitsunfähigkeit führten. Die H.K. reichte bei der Beklagten zudem die Rechnung des privatärztlichen Abrechnungs- und Beratungsbüro M. vom 5. Juni 2003 (Behandlung durch Prof. Dr. C., Universitätsklinikum T.) über 500,76 EUR sowie die Rechnung des Universitätsklinikums T. vom 10. Juli 2003 über 1.343,24 EUR ein.

Mit Bescheid vom 30. Juli 2003 teilte die Beklagte der H.K. mit, dass sie bei ihrer Ansicht bleibe, dass keine Versicherungspflicht entstanden sei. Es liege nämlich ein Scheingeschäft nach § 117 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) vor. Zwar habe man mit Schreiben vom 28. April 2003 den Beginn der Mitgliedschaft der H.K. zum 1. April 2003 bestätigt. Nachdem jedoch ein Scheingeschäft vorliege, werde der rechtswidrige, begünstigende Verwaltungsakt für die Vergangenheit aufgehoben. Die übersandten Rechnungen seien wegen fehlender Mitgliedschaft an die Rechnungsaussteller zurückgesandt worden. Durch die Aberkennung der Versicherungspflicht sei ein Versicherungsverhältnis faktisch nicht vorhanden, da auch ein freiwilliges Beitrittsrecht nach § 5 SGB V nicht bestehe. Deshalb könne auch kein Leistungsanspruch hergeleitet werden. Die bisher rechtsgrundlos gewährten Leistungen würden noch zurückgefordert werden.

Hiergegen erhob die H.K. Widerspruch und beantragte zugleich beim Sozialgericht Stuttgart (SG) am 13. August 2003 im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes die vorläufige Gewährung von Krankenversicherungsschutz (Az: S 8 KR 4243/03 ER). In der mündlichen Verhandlung am 22. September 2003 gab die H.K. ua an, nach der Bestrahlung in der Universitätsklinik F. im Januar und Februar 2003 habe man ihr gesagt, dass alles in Ordnung sei. Erst am Karfreitag des Jahres 2003 habe sie gemerkt, dass sie ihre Zunge nicht mehr habe bewegen können. Es sei eine Metastase im Kopf gefunden worden, die bestrahlt worden sei. Seither sei alles in Ordnung gewesen. Sie habe auch wieder gearbeitet. Sie habe ua Bürotätigkeiten verrichtet und Telefonate geführt. Außerdem habe sie Kunden des Klägers bewirtet sowie die Buchhaltung und das Kassenbuch gemacht. Sie habe einen eigenen Arbeitsplatz und darüber hinaus ein Büro zuhause gehabt. Der Kläger, der als Zeuge vernommen wurde, gab ua an, dass eine zweite Sekretärin (J.D.) zuhause gearbeitet habe. Schriftsätze und Ablage seien von seiner Frau zu bearbeiten gewesen, da er Bänder und Schriftsätze nicht an J.D. habe schicken können. Der Erstbefund seiner Frau sei im Oktober 2002 erhoben worden. Nach der Operation seien gute Heilungschancen dargestellt worden. Es sei dann eine prophylaktische orale Chemotherapie durchgeführt worden. Seine Frau sei zum 1. April 2003 planmäßig bei der GmbH eingestellt worden und habe dort bis Karfreitag 2003 gearbeitet. Aufgrund von auftretenden Problemen sei sie stationär behandelt worden. Anschließend habe sie wieder gearbeitet. Ende Mai sei sie dann wieder ins Krankenhaus eingeliefert worden. Sie sei erneut chemotherapeutisch behandelt worden, zunächst mit Nebenwirkungen, dann nach einer Umstellung ohne Nebenwirkungen. Inzwischen arbeite sie wieder im Büro. Die Kündigung durch die private Krankenversicherung habe mit der Krebserkrankung nichts zu tun. Seit dem 1. April 2003 habe seine Frau nachmittags ständig im Büro anwesend sein müssen, zuvor habe nur eine Art Bereitschaftsdienst bestanden (vgl. Niederschrift vom 22. September 2003, Bl 89 bis 98 der SG-Akte). Die H.K. legte zudem das Schreiben der Assistenzärztin L. von der Medizinischen Universitätsklinik und Poliklinik (Station D 2) vom 26. September 2003 vor, wonach sie im Juni 2003 erstmals an der Behandlung der H.K. beteiligt gewesen sei. Anhand der ihr zum damaligen Zeitpunkt vorliegenden Akten habe aus ihrer Sicht seit Februar 2003 Arbeitsunfähigkeit bestanden. Nach jetzt erfolgter Sichtung der vollständigen Krankenakten und nach Einschätzung des initial betreuenden Arztes habe aber erst ab Mitte April 2003 wiederholt und vorübergehend sowie ab dem 30. Mai 2003 durchgehend Arbeitsunfähigkeit bestanden. Dies sei ihr zum Zeitpunkt ihres Schreibens vom 6. Juni 2003 aus dem ihr damals vorliegenden Akten nicht ersichtlich gewesen.

Mit Beschluss vom 2. Oktober 2003 verpflichtete das SG die Beklagte, der H.K. "vorläufig und seit dem 1.4.2003 Krankenversicherungsschutz als wegen abhängiger Beschäftigung versicherungspflichtiges Mitglied zu gewähren". Im Übrigen lehnte es den Antrag ab. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, aufgrund der Angaben der H.K. und des Klägers sowie aufgrund der vorliegenden ärztlichen Unterlagen sei hinreichend glaubhaft gemacht, dass die H.K. jedenfalls vom 1. bis 18. April 2003 nicht arbeitsunfähig gewesen sei. Auch sei glaubhaft gemacht, dass kein Scheingeschäft abgeschlossen worden sei, da die H.K. und der Kläger

gerade die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts gewollt und nicht das Vorliegen eines tatsächlich nicht bestehenden Beschäftigungsverhältnisses vorgetäuscht hätten. Auf die Beschwerde der Beklagten hob das Landessozialgericht (LSG) mit Beschluss vom 31. August 2004 den Beschluss des SG mit der Begründung auf, mit dem Tod der H.K. sei der Anordnungsgrund entfallen (Az: L 11 KR 4195/03 ER-B).

Nachdem der Kläger als Alleinerbe (Erbschein des Notariats I B. vom 15. Dezember 2003) das Verfahren weiter betrieb, wies der Widerspruchsausschuss der Beklagten den Widerspruch der H.K. mit der Begründung zurück, der Umstand, dass die H.K. die von ihr bisher im Rahmen einer geringfügig entlohnten Tätigkeit ausgeübte Beschäftigung zum 1. April 2003 auf eine halbschichtige Beschäftigung ausgeweitet und ihr privates Krankenversicherungsverhältnis zu diesem Zeitpunkt geendet habe, lasse den Schluss zu, dass der Abschluss des Arbeitsvertrags mit dem Ziel erfolgt sei, ein Arbeitsverhältnis zu konstruieren, um Versicherungspflicht in der Sozialversicherung herzustellen. Ein weiteres Indiz sei, dass der Stundenlohn von 5,36 EUR auf 13,85 EUR angehoben worden sei. Die Begründung eines versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses allein durch vertragliche Deklaration sei jedoch nicht möglich.

Mit seiner dagegen als Rechtsnachfolger am 2. Juni 2006 beim SG erhobenen Klage (Az: [S 8 KR 3997/06](#)) hat der Kläger zunächst beantragt, die Beklagte zu verpflichten, "der Rechtsvorgängerin des Kl. Frau H. K. ab 1.4.03 bis zur ihrem Tode am 14.11.03 und entsprechend dem Kl. als Rechtsnachfolger uneingeschränkter Krankenversicherungsschutz zu gewähren". Zur Begründung hat er im Wesentlichen ausgeführt, es komme nur darauf an, dass seine verstorbene Ehefrau tatsächlich gearbeitet habe, was zahlreiche Zeugen bestätigen könnten. Auf das Motiv, weshalb ein Arbeitnehmer arbeite, komme es hingegen nicht an. Die unrichtige Auskunft des Universitätsklinikums T. vom 6. Juni 2003 sei durch das Schreiben der Assistenzärztin L. vom 26. September 2003 berichtigt worden. Seine Geschäftstätigkeit sei im Jahr 2003 stark angestiegen, weshalb er seine Ehefrau auch ab dem 1. April 2003 halbschichtig beschäftigt habe. So habe er insbesondere für die Firma A. in M. ab September 2002 vermehrt als Berater arbeiten müssen. Seine Ehefrau habe dann die jeweiligen Diktate, die er unterwegs aufgenommen habe, geschrieben und ausgefertigt. Sein freier Mitarbeiter W.B. und seine weitere Sekretärin J.D. hätten ständig mit seiner Ehefrau Kontakt gehabt. Schließlich sei bereits im September 2002 mit dem Wirtschaftsprüfer E. K. (im Folgenden: E.K.) besprochen worden, dass seine Ehefrau ab dem 1. April 2003 eine Halbtagsstätigkeit bei der zu gründenden GmbH übernehmen solle. Der Umsatz sei im Jahr 2003 auch tatsächlich angestiegen (Umsatz von Januar bis August 2002: 114.987,04 EUR; Umsatz von Januar bis August 2003 270.536,87 EUR). Die Erhöhung des Stundenlohns hänge mit der Anwesenheitspflicht zusammen. Zuvor habe sich seine verstorbene Ehefrau ihre Arbeitszeit frei einteilen können.

Am 30. Januar 2007 hat der Kläger seine Klage erweitert und beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an ihn "EUR 22.109,00 nebst Zinsen mit 5 Prozentpunkten über Basiszins seit dem 13.02.2004" zu zahlen. Er hat diesbezüglich eine Rechnungsaufstellung über die nach seinen Angaben nach dem 1. April 2003 nicht übernommenen Rechnungen vorgelegt (Bl 55 der SG-Akte). Am 11. September 2007 hat er die Klage erneut erweitert und beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an ihn "EUR 22.109,00 nebst Zinsen mit 5 Prozentpunkten über Basiszins seit dem 13.02.2004 und weitere EUR 6.620,36 nebst Zinsen mit fünf Prozentpunkten über Basiszinssatz seit dem 10.09.2007 durch Zahlung an das Universitätsklinikum T. zu Rechnungsnummer 62064164, Rechnung H. K. 22.06.2007 auf Konto Kreissparkasse T. 14144" zu zahlen. Er hat diesbezüglich die an ihn persönlich gerichtete Rechnung des Universitätsklinikums T. vom 22. Juni 2007 über stationäre Leistungen vom 21. Oktober bis 3. November 2003 für seine verstorbene Ehefrau vorgelegt. Zur weiteren Begründung hat er darüber hinaus ua die schriftliche Korrespondenz mit der A. vorgelegt (Bl 144 bis 177 der SG-Akte).

Mit Beschluss vom 10. Januar 2007 hat das SG die GmbH (frühere Beigeladene zu 1), die Bundesagentur für Arbeit (frühere Beigeladene zu 2, jetzt Beigeladene zu 1) und die Deutsche Rentenversicherung Bund (frühere Beigeladene zu 3, jetzt Beigeladene zu 2) sowie mit Beschluss vom 30. Mai 2007 die Pflegekasse bei der Beklagten (frühere Beigeladene zu 4, jetzt Beigeladene zu 3) beigeladen.

Nachdem die Beklagte den im Termin zur Erörterung des Sachverhalts am 11. Februar 2008 geschlossenen Vergleich über die Zahlungspflicht in Höhe von 21.550 EUR und ihre Verpflichtung, die bereits entstandenen Kosten in Höhe von 15.367,43 EUR nicht vom Kläger zurückzufordern, widerrufen hatte, hat das SG in der mündlichen Verhandlung vom 6. April 2009 die Zeugen E.K. und J.D. vernommen. Auf die Niederschrift wird Bezug genommen (Bl 196 bis 208 der SG-Akte) und mit Urteil vom 6. April 2009 unter Aufhebung des Bescheids vom 30. Juli 2003 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom "5.4.2006" (gemeint 4. Mai 2006) festgestellt, dass die H.K. ab dem 1. April 2003 bei der GmbH sozialversicherungspflichtig beschäftigt und bis zum 14. November 2003 bei der Beklagten gesetzlich krankenversichert war. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, die Klage sei hinsichtlich des Zahlungs- und Freistellungsantrages unzulässig. Denn insoweit fehle es an einem Vorverfahren und damit an einem Rechtsschutzbedürfnis für eine gerichtliche Entscheidung. Mit dem streitgegenständlichen Bescheid habe die Beklagte lediglich über die Frage der Sozialversicherungspflicht der H.K. ab dem 1. April 2003 entschieden. Demnach fehle es an einer Verwaltungsentscheidung über einen konkreten Zahlungsanspruch. Es liege insbesondere keine Entscheidung der Beklagten darüber vor, ob die vom Kläger geltend gemachten Kosten dem Grund und der Höhe nach zum Leistungsumfang der gesetzlichen Krankenversicherung gehörten. Im Übrigen sei die Klage zulässig und begründet. Die Beklagte habe zu Unrecht festgestellt, dass die H.K. ab dem 1. April 2003 bis zu ihrem Tod nicht bei der GmbH sozialversicherungspflichtig beschäftigt gewesen sei. Entgegen der Auffassung der Beklagten habe kein Scheingeschäft im Sinne von [§ 117 BGB](#) vorgelegen. Zwar lägen einige Umstände vor, die auf den ersten Blick die Annahme eines Scheingeschäftes nahelegen könnten. So sei vor Antritt der Halbtagsstätigkeit bei der H.K. ein Bronchial-Karzinom diagnostiziert worden. Außerdem sei das Beschäftigungsverhältnis mit der GmbH eingegangen worden, deren Gesellschafter der Ehemann und ihr Sohn und damit Familienangehörige gewesen seien. Darüber hinaus sei die private Krankenversicherung unmittelbar vor Abschluss des Arbeitsvertrages vom privaten Krankenversicherungsvertrag zurückgetreten. Diese Indizien seien jedoch durch die weiteren Gesamtumstände widerlegt. Aufgrund der Angaben der vernommenen Zeugen sei nämlich davon auszugehen, dass die H.K. ab dem 1. April 2003 eine sozialversicherungspflichtige Halbtagsstätigkeit habe ausüben wollen und eine solche Halbtagsstätigkeit auch tatsächlich ausgeübt habe. Der Aufnahme einer Halbtagsstätigkeit habe auch nicht der Gesundheitszustand der H.K. entgegen gestanden. Vielmehr sei sie in der Lage gewesen, eine Halbtagsstätigkeit auszuüben. Dies ergebe sich nicht nur aus den glaubhaften Angaben der vernommenen Zeugen, sondern lasse sich auch mit den vorliegenden ärztlichen Unterlagen belegen. So hätten die Ärzte der H.K. jeweils einen guten Allgemeinzustand attestiert. Der Kläger habe auch schlüssig und glaubhaft vorgetragen, dass die Therapieeinheiten jeweils am Vormittag erfolgt und keine wesentlichen Nebenwirkungen eingetreten seien. Schließlich sei darauf hinzuweisen, dass nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) der Beweggrund für die Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses unerheblich sei (Hinweis auf BSG, Urteil vom 4. Dezember 1997 - [12 RK 3/97](#)). Auch könne vorliegend nicht von einer bloßen familienhaften Mithilfe ausgegangen werden. Die H.K. habe Arbeitsentgelt erhalten, das über einen freien Unterhalt, Taschengeld oder eine Anerkennung für Gefälligkeiten hinausgegangen sei.

Gegen das der Beklagten am 29. April und dem Prozessbevollmächtigten des Klägers am 30. April 2009 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 18. Mai 2009 und der Kläger am 19. Mai 2009 Berufung beim LSG eingelegt.

Die Beklagte macht geltend, es sei nicht glaubhaft, dass gerade zum 1. April 2003, als die H.K. keinen Versicherungsschutz mehr gehabt habe, die Arbeitszeit aufgrund steigender Anforderungen habe erhöhen müssen. Die Verdoppelung des Stundenlohns lasse nur den Schluss zu, dass die Krankenversicherungspflicht als Arbeitnehmerin im Betrieb des Klägers habe eintreten sollen mit dem Ziel, in den Genuss der Solidargemeinschaft der gesetzlichen Krankenversicherung nach Eintritt einer kostenintensiven Erkrankung zu gelangen. Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BSG (Urteil vom 29. September 1998 - [B 1 KR 10/96 R](#)) bestünden Zweifel am Beschäftigungsverhältnis zwischen der H.K. und der GmbH. Zu berücksichtigen sei hierbei, dass für die H.K. nur bis zum 31. März 2003 ein Krankenversicherungsschutz bei einem privaten Versicherungsunternehmen bestanden habe und eine Weiterversicherung nur mit einer erheblichen Prämiensteigerung möglich gewesen sei. Darüber hinaus sei aufgrund der im November 2002 diagnostizierten schweren Krebserkrankung keine Heilung absehbar gewesen. Zudem hätten zwischen den Firmeninhabern und der H.K. familiäre Bindungen bestanden. Auch die Zeugen hätten in der mündlichen Verhandlung am 6. April 2009 nicht eindeutig belegen können, dass die Arbeitszeit der H.K. ab dem 1. April 2003 tatsächlich wesentlich erhöht worden sei. Nachdem bereits im September 2002 die ersten Besprechungen zur Gründung einer GmbH stattfanden, hätte es nahegelegen, gerade in der Gründungsphase ab dem 23. Dezember 2002 mit einem erhöhten Arbeitsaufwand zu rechnen. Schließlich habe das Universitätsklinikum T. bestätigt, dass bis zum 1. April 2003 bei der H.K. Arbeitsunfähigkeit bestanden habe. Aufgrund der familienhaften Bedingungen hätten der Kläger und der Sohn von der Schwere der Erkrankung Kenntnis gehabt. Die Grenzen rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten seien nach der Rechtsprechung des LSG (Urteil vom 15. August 1986 - [L 4 KR 1837/84](#)) überschritten, wo günstige öffentlich-rechtliche Folgewirkungen beansprucht würden, ohne dass ein Mindestmaß dieser Voraussetzungen erfüllt sei. Die genannten Argumente sprächen mithin für das Vorliegen eines Scheinarbeitsverhältnisses, wobei weder der Kläger noch die Zeugen diesen Anschein entkräftet hätten. Im Übrigen werde die Tätigkeit der H.K. in der GmbH nicht angezweifelt. Gegenstand der Berufung sei vielmehr der Umstand, dass die H.K. gerade zum 1. April 2003, mit dem Nichtvorhandensein eines Krankenversicherungsschutzes, die bisher geringfügige Tätigkeit ausgeweitet habe, sodass Sozialversicherungspflicht eintrete, obwohl eine schwere Erkrankung vorgelegen habe, welche aber bereits Arbeitsunfähigkeit verursacht habe und absehbar weitere Arbeitsunfähigkeitszeiten bedingen würde.

Der Kläger trägt vor, entgegen der Auffassung des SG habe es der Durchführung eines Vorverfahrens wegen der konkreten Zahlungsverpflichtung der Beklagten nicht bedurft, da die Beklagte die Leistungen definitiv ablehne. Die Durchführung eines Vorverfahrens sei mithin reine Förmerei. Schließlich habe die Beklagte mit Schreiben vom 12. Mai 2009 diese Ansicht bestätigt, indem sie angegeben habe, dass es aus ihrer Sicht keines separaten Verfahrens zu den Leistungskosten bedürfe. Darüber hinaus sei darauf hinzuweisen, dass das BSG die Rechtsfigur des missglückten Arbeitsversuches aufgegeben habe, sodass es nicht darauf ankomme, ob ein Beschäftigter bei Antritt seiner Beschäftigung gesund oder krank sei. Allein maßgeblich sei, dass seine verstorbene Ehefrau tatsächlich in ein abhängiges entgeltliches Beschäftigungsverhältnis eingetreten sei. Ein Scheingeschäft liege daher nicht vor. Wer jedoch tatsächlich abhängig entgeltlich arbeite, müsse auch versichert sein. Schließlich habe Oberarzt Dr. S. bestätigt, dass seine verstorbene Ehefrau zum Zeitpunkt der Arbeitsaufnahme am 1. April 2003 nicht arbeitsunfähig gewesen sei. Zur weiteren Begründung der Berufung hat der Kläger ua Lohnbescheinigungen für seine verstorbene Ehefrau für die Zeit von April bis Juli 2003, die ärztliche Bescheinigung des Dr. S. vom 10. Juli 2003, Telefonrechnungen für den Zeitraum von März bis August 2003 sowie Kassenbuchaufzeichnungen für die Monate März, Juni, August und September 2003 vorgelegt.

Der Kläger beantragt,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen und das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 6. April 2009 insoweit abzuändern, als die Beklagte verurteilt wird, 22.109 EUR nebst Zinsen mit fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 13. Februar 2004 an den Kläger zu erstatten und den Kläger von der Rechnung des Universitätsklinikums T. vom 22. Juni 2007 über 6.620,36 EUR freizustellen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung des Klägers zurückzuweisen und das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 6. April 2009 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Beigeladenen zu 1) und zu 3) haben sich dem Vortrag der Beklagten angeschlossen. Im Übrigen haben die Beigeladenen keinen Antrag gestellt.

Der Senat hat die Akte des SG S 8 KR 4243/03 ER sowie die Akte des LSG L 11 KR 4195/03 ER-B zum Verfahren beigezogen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die Gerichtsakten erster und zweiter Instanz, auf die beigezogenen Akten sowie auf die von der Beklagten vorgelegte Verwaltungsakte Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufungen des Klägers und der Beklagten sind gemäß [§§ 143, 144, 151 Abs 1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) zulässig, die Berufung der Beklagten ist auch begründet. Denn das SG hat zu Unrecht festgestellt, dass die H.K. ab dem 1. April 2003 bei der GmbH sozialversicherungspflichtig bis zu ihrem Tod beschäftigt und bei der Beklagten gesetzlich krankenversichert war. Der Bescheid vom 30. Juli 2003 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 4. Mai 2006 ([§ 95 SGG](#)) ist rechtmäßig, da vorliegend keine Versicherungspflicht und damit auch keine Mitgliedschaft bei der Beklagten bestand. Aus diesem Grund ist auch die auf die Erstattung und Freistellung von Krankenhaus- und Arztkosten gerichtete Berufung des Klägers nicht begründet; hinzukommt, dass die Klage insoweit - wie das SG zutreffend entschieden hat - auch unzulässig ist.

Der Kläger ist im Sinne des [§ 54 Abs 1 Satz 2 SGG](#) klagebefugt, da der Widerspruchsbescheid vom 4. Mai 2006 an ihn adressiert, also an ihn gerichtet war. Damit hat die Beklagte aber unmittelbar in die Rechte des Klägers eingegriffen. Auch ist der Kläger hinsichtlich der Krankenhaus- und Arztkosten materiell-rechtlich befugt, den Rechtsstreit zu führen (Aktivlegitimation). Nach dem Erbschein des Notariats I

B. vom 15. Dezember 2003 ist er Alleinerbe der verstorbenen H.K. und damit deren Rechtsnachfolger geworden. Mit dem Tod der H.K. ist deren Vermögen als Ganzes und somit auch der geltend gemachte Kostenerstattungs- bzw Freistellungsanspruch auf den Kläger übergegangen ([§ 1922 Abs 1 BGB](#)).

Aus den Sonderregelungen des Sozialgesetzbuchs ergibt sich nichts anderes. Zwar werden nach [§ 58 Satz 1](#) Erstes Buch Sozialgesetzbuch (SGB I) fällige Ansprüche auf Geldleistungen nur dann nach den Vorschriften des BGB vererbt, wenn sie nicht nach den [§§ 56](#) und [57 SGB I](#) einem Sonderrechtsnachfolger zustehen. Eine Sonderrechtsnachfolge hat hier aber nicht stattgefunden.

Nach [§ 56 Abs 1 Satz 1 Nr 1 SGB I](#) stehen fällige Ansprüche auf laufende Geldleistungen beim Tod des Berechtigten vorrangig dem Ehegatten zu, wenn dieser mit dem Berechtigten zur Zeit seines Todes in einem gemeinsamen Haushalt gelebt hat oder von ihm wesentlich unterhalten worden ist. Dies trifft auf den Kläger zwar insofern zu, als er mit seiner Ehefrau bis zu ihrem Tod im gemeinsamen Haushalt gewohnt hat. Es fehlt jedoch am Tatbestandsmerkmal der "laufenden" Geldleistung. Mit diesem Begriff werden in erster Linie diejenigen Geldleistungen erfasst, auf die der Berechtigte einen dem Grunde nach wiederkehrenden Anspruch hat, wobei nicht entscheidend ist, ob im konkreten Fall nur eine einzige Zahlung vorgenommen wird. Das trifft auf einen Kostenerstattungsanspruch nach [§ 13 Abs 3 SGB V](#) nicht zu (BSG, Urteil vom 3. August 2006 - [B 3 KR 24/05 R](#) = [SozR 4-2500 § 13 Nr 10](#) Rdnr 15; Urteil vom 21. Mai 1996 - [12 RK 67/94](#) = [SozR 3-2200 § 6 Nr 2](#); Seewald in Kasseler Kommentar, [§ 56 SGB I](#) Rdnr 6d, Stand Oktober 2010). Ein solcher Aufwendungsersatz mag sich zwar aus mehreren Einzelsprüchen zusammensetzen, die aus der wiederholten Nichterfüllung eines Sachleistungsanspruchs resultieren. Gleichwohl handelt es sich nicht um eine "laufende" Geldleistung, weil dieser Anspruch nicht von vornherein auf eine wiederkehrende Zahlung gerichtet ist. Der Anspruch auf Kostenerstattung hat somit lediglich eine einmalige Geldleistung zum Gegenstand, auch wenn er sich aus diversen Beträgen wegen mehrmaliger Nichterfüllung des Sachleistungsanspruchs zusammensetzt, die im Wege einer Klagehäufung geltend gemacht werden. Eine Ausnahme kommt nach der Rechtsprechung des BSG nur dann in Betracht, wenn Kostenerstattungsansprüche wegen Systemmangels geltend gemacht werden (hierzu BSG, Urteil vom 26. September 2006 - [B 1 KR 1/06 R](#) = [SozR 4-2500 § 31 Nr 5](#) Rdnr 11 ff). Diese Rechtsprechung knüpft daran an, dass der Berechtigte (bei Vorliegen eines Systemmangels) regelmäßig zu einer Vorfinanzierung für mehrere Zeitabschnitte gezwungen ist. Der Zweck der Sonderrechtsnachfolge des [§ 56 SGB I](#) lasse es zu, diesen Kostenerstattungsanspruch als einen Anspruch auf laufende Geldleistungen anzusehen (BSG aaO). Ein solcher Ausnahmefall ist vorliegend jedoch nicht gegeben. Denn weder bei der geltend gemachten Krankversicherungspflicht bzw Mitgliedschaft der H.K. bei der Beklagten noch bei der begehrten Kostenerstattung bzw Freistellung handelt es sich um Ansprüche, die wegen Systemmangels geltend gemacht werden. Die Kostenerstattungs- bzw Freistellungsansprüche fielen auch nicht regelmäßig für mehrere Zeitabschnitte an. Hintergrund sind vielmehr mehrere stationäre Behandlungen der H.K. in unterschiedlichen Kliniken. Damit ist eine erweiternde Auslegung des [§ 56 Abs 1 Satz 1 Nr 1 SGB I](#) vorliegend nicht gerechtfertigt.

Streitgegenstand des Verfahrens ist der Bescheid der Beklagten vom 30. Juli 2003 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 4. Mai 2006, wodurch die Beklagte entschieden hat, dass die Tätigkeit der H.K. bei der GmbH im Zeitraum vom 1. April bis 14. November 2003 keine Versicherungspflicht in der Sozialversicherung ausgelöst und mithin auch keine Mitgliedschaft bei ihr bestanden hat. Soweit die Beklagte im Bescheid vom 30. Juli 2003 auch über die Begleichung der Rechnungen des privatärztlichen Abrechnungs- und Beratungsbüros M. vom 5. Juni 2003 über 500,76 EUR und des Universitätsklinikums T. vom 10. Juli 2003 über 1.343,24 EUR entschieden hat, ist diese Entscheidung bestandskräftig ([§ 77 SGG](#)), da der Kläger die genannte Entscheidung der Beklagten mit seiner am 2. Juni 2006 erhobenen Klage beim SG nur insoweit angefochten hat, als die Beklagte (ursprünglich) verurteilt werden sollte, der H.K. Krankenversicherungsschutz zu gewähren. Bereits dieser Umstand steht der - mit Klageänderung vom 30. Januar 2007 (hierzu sogleich) - geltend gemachten Erstattung der genannten Rechnungen entgegen (vgl hierzu die Rechnungsaufstellung des Klägers auf Bl 55 der SG-Akte [S 8 KR 3997/06](#)).

Bei der am 30. Januar 2007 geltend gemachten Erstattung vom 22.109 EUR und bei der am 11. September 2007 darüber hinaus geltend gemachten Freistellung vom 6.620,36 EUR handelt es sich um zulässige (gewillkürte) Klageänderungen im Sinne des [§ 99 Abs 1 SGG](#). Danach ist eine Änderung der Klage nur zulässig, wenn die übrigen Beteiligten einwilligen oder das Gericht die Änderung für sachdienlich hält. Grundsätzlich liegt eine Klageänderung vor, wenn der Kläger seinen Antrag oder den Klagegrund, also den der Klage zugrundeliegenden Sachverhalt, austauscht oder wenn Kläger oder Beklagter wechseln (Leitherer in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, Kommentar zum SGG, 9. Aufl 2008, § 99 Rdnr 2). Vorliegend trat zum ursprünglichen Antrag (Feststellung der Versicherungspflicht und Gewährung von Krankenversicherungsschutz) das Erstattungs- bzw Freistellungsbegehren des Klägers hinzu, wobei die Einbeziehung weiterer Klagebegehren (im Sinne einer Klageerweiterung) ebenfalls an [§ 99 Abs 1 SGG](#) zu messen ist. Eine Einwilligung der Beteiligten in die Änderung der Klage ist anzunehmen, wenn sie sich, ohne der Änderung zu widersprechen, in einem Schriftsatz oder in einer mündlichen Verhandlung auf die abgeänderte Klage eingelassen haben. Eine solche Einlassung der Beklagten liegt vor. Die jeweiligen Schriftsätze des Klägers vom 26. Januar 2007 und 7. September 2007 wurden der Beklagten zugeleitet. Sie hat in der mündlichen Verhandlung beantragt, die Klage abzuweisen und sich nicht darauf zurückgezogen, die weiteren gestellten Anträge seien eine (unzulässige) Klageänderung.

Die prozessual zulässige (gewillkürte) Klageänderung führt jedoch nicht dazu, dass das Gericht entbunden wäre, die Zulässigkeit der geänderten Klage zu prüfen. Infolgedessen müssen für die geänderte Klage sämtliche Sachurteilsvoraussetzungen vorliegen (vgl nur BSG, Urteil vom 31. Juli 2002 - [B 4 RA 113/00 R](#) = [Juris Rdnr 17 mwN](#); Leitherer, aaO, § 99 Rdnr 13a). Wie das SG in diesem Zusammenhang zutreffend entschieden hat, ist die Klage, bezogen auf den geltend gemachten Erstattungs- bzw Freistellungsanspruch unzulässig. Denn zum Zeitpunkt der Klageänderung, auf den es hier maßgeblich ankommt, lag eine Entscheidung der Beklagten über den geltend gemachten Erstattungs- bzw Freistellungsanspruch nur insoweit vor, als sie im Bescheid vom 30. Juli 2003 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 4. Mai 2006 die Begleichung der Rechnungen des Abrechnungs- und Beratungsbüros M. vom 5. Juli 2003 über 576 EUR und des Universitätsklinikums T. vom 10. Juli 2003 über 1.343,24 EUR abgelehnt hat. Soweit die Beklagte nach Abschluss des Klageverfahrens mit Schreiben vom 12. Mai 2009 gegenüber dem Kläger die Ansicht geäußert hat, es bedürfe keines separaten Verfahrens zu den Leistungskosten, ändert dies hieran nichts. Denn bei den vom Kläger eingereichten Rechnungen handelt es sich ausschließlich um privatärztliche Rechnungen, deren Erstattung sich nach [§ 13 Abs 3 Satz 1 SGB V](#) richtet, nachdem nicht ersichtlich ist, dass die H.K. nach [§ 13 Abs 2 SGB V](#) anstelle der Sach- oder Dienstleistungen Kostenerstattung gewählt hat. Ein Anspruch nach [§ 13 Abs 3 Satz 1 Alternative 2 SGB V](#) setzt jedoch voraus, dass die Krankenkasse eine Leistung zu Unrecht abgelehnt hat und dem Versicherten dadurch für die selbst beschaffte Leistung Kosten entstanden sind. Ein Anspruch auf Kostenerstattung ist demnach nur gegeben, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind: Bestehen eines Naturalleistungsanspruchs des Versicherten und dessen rechtswidrige Nichterfüllung, Ablehnung der Naturalleistung durch die Krankenkasse, Selbstbeschaffung der entsprechenden Leistung durch den Versicherten, Ursachenzusammenhang zwischen Leistungsablehnung und Selbstbeschaffung, Notwendigkeit der selbst beschafften Leistung und (rechtlich wirksame)

Kostenbelastung durch die Selbstbeschaffung (vgl hierzu BSG, Urteil vom 16. Dezember 2008 - [B 1 KR 2/08 R](#) = [SozR 4-2500 § 13 Nr 20](#) mwN; Senatsurteil vom 28. September 2010 - [L 11 KR 5288/09](#)). Daraus folgt, dass die Krankenkasse vor der Selbstbeschaffung mit der Sache durch den Versicherten befasst sein muss, und zwar auch dann, wenn bereits feststeht, dass sie den Antrag ablehnen wird (stRspr, vgl BSG, Beschluss vom 1. April 2010, [B 1 KR 114/09 B](#), juris; Urteil vom 14. Dezember 2006, [B 1 KR 8/06 R](#), SozR 4-2500 § 13 Nr 22). Dies trifft vorliegend nur für die bereits im Verwaltungsverfahren geltend gemachten zwei Rechnungen zu. Diesbezüglich ist die Entscheidung der Beklagten jedoch - wie bereits dargelegt - bestandskräftig geworden. Bezüglich der übrigen geltend gemachten Erstattungs- bzw Freistellungsansprüche lag aber zum Zeitpunkt der Klageänderungen eine Entscheidung nicht vor.

Gemäß [§ 28h Abs 2 Satz 1 SGB IV](#) in der hier ab 23. Dezember 2002 geltenden Fassung entscheidet die Einzugsstelle über die Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung und prüft die Einhaltung der Arbeitsentgeltgrenzen bei geringfügiger Beschäftigung nach den §§ 8 und 8a; sie erlässt auch den Widerspruchsbescheid. Die Beklagte war daher befugt, über die Versicherungspflicht der H.K. bei der GmbH zu entscheiden. Nach [§ 5 Abs 1 Nr 1 SGB V](#) sind versicherungspflichtig Arbeiter, Angestellte und zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigte, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind. Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist [§ 7 Abs 1 Satz 1 SGB IV](#). Danach ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind gemäß [§ 7 Abs 1 Satz 2 SGB IV](#) in der seit 1. Januar 1999 geltenden Fassung des Art 1 Nr 1 a des Gesetzes zur Förderung der Selbständigkeit vom 20. Dezember 1999 (BGBl I 2000, 2) eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Diese Weisungsgebundenheit kann, insbesondere bei Diensten höherer Art, stark eingeschränkt und zur "funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein (BSG, Urteil vom 25. Januar 2006, [B 12 KR 12/05 R](#), [SozR 4-2400 § 7 Nr 6](#)). Unschädlich ist daher, wenn von dem Weisungsrecht vor allem im fachlichen Bereich nicht vollumfänglich Gebrauch gemacht wird. Selbst wer Arbeitgeberfunktionen wahrnimmt, kann als leitender Angestellter bei einem Dritten persönlich abhängig beschäftigt sein (BSG, Urteil vom 6. März 2003, [B 11 AL 25/02 R](#), [SozR 4-2400 § 7 Nr 1](#); BSG, Urteil vom 19. Juni 2001, [B 12 KR 44/00 R](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr 18](#)). Demgegenüber ist eine selbständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung. Dieses bestimmt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen, zu denen die rechtlich relevanten Umstände gehören, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben (vgl BSG, Urteil vom 11. März 2009, [B 12 KR 21/07 R](#), juris; Urteil vom 24. Januar 2007, [B 12 KR 31/06 R](#), [SozR 4-2400 § 7 Nr 7](#); BSG, Urteil vom 4. Juli 2007, [B 11a AL 5/06 R](#), [SozR 4-2400 § 7 Nr 8](#)). Deshalb kann zwar eine an sich rechtlich bestehende Abhängigkeit durch die tatsächlichen Verhältnisse so überlagert sein kann, dass eine Beschäftigung im sozialversicherungsrechtlichen Sinne ausscheidet (BSG, Urteil vom 17. Mai 2001, [B 12 KR 34/00 R](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr 17](#); BSG, Urteil vom 8. Dezember 1987, [7 RA 25/86](#), juris; BSG, Urteil vom 7. September 1988, [10 RA 10/87](#), SozR 4100 § 141b Nr 41). Andererseits ist die Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich, solange die Rechtsposition nicht wirksam abbedungen ist, die Rechtsmacht also noch besteht, selbst wenn von dieser tatsächlich kein Gebrauch gemacht wird (BSG, Urteil vom 8. August 1990, [11 RA 77/89](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr 4](#)). Denn maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so, wie sie praktiziert wird, und die praktizierte Beziehung so, wie sie rechtlich zulässig ist (BSG, Urteil vom 25. Januar 2006, [B 12 KR 30/04 R](#), juris).

Entscheidend ist, ob durch den Arbeitsvertrag und die Tätigkeit bei der GmbH ab dem 1. April 2003 ein entgeltliches Beschäftigungsverhältnis im Sinne des [§ 5 Abs 1 Nr 1 SGB V](#) begründet wurde. Das richtet sich nicht nur nach den Angaben oder Erklärungen der Betroffenen, sondern danach, ob die tatsächlichen Verhältnisse insgesamt den Schluss auf die ernstliche Absicht rechtfertigen, die mit einer Tätigkeit in einem Arbeitsverhältnis verbundenen gegenseitigen rechtlichen Verpflichtungen einzugehen. Ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis ist abgesehen von den Fällen einer rechtlich unverbindlichen familienhaften Mithilfe, einer selbständigen Tätigkeit oder einer geringfügigen Beschäftigung insbesondere dann zu verneinen, wenn ein Scheingeschäft vorliegt, mit dem ein Beschäftigungsverhältnis lediglich vorgetäuscht werden soll, um Leistungen der Krankenversicherung zu erlangen (BSG, Urteil vom 29. September 1998 - [B 1 KR 10/96 R](#) = [SozR 3-2500 § 5 Nr 40](#) = juris Rdnr 19). Auch der Senat geht mit dem SG davon aus, dass - entgegen der Auffassung der Beklagten - kein Scheingeschäft im Sinne von [§ 117 BGB](#) vorliegt. Ein Scheinarbeitsverhältnis in diesem Sinn liegt nämlich nur vor, wenn der Arbeitsvertrag nur zum Schein geschlossen wurde, um einer Person Zugang zur gesetzlichen Renten- oder Krankenversicherung zu ermöglichen. Dies ist etwa dann der Fall, wenn die Vertragsparteien einverständlich nur den äußeren Schein des Abschlusses eines Rechtsgeschäfts hervorrufen wollen, die mit dem Vertrag verbundenen Rechtswirkungen jedoch nicht eintreten lassen wollen (vgl BSG, Urteil vom 24. Januar 1995 - 8 Rkn 3/93 = juris Rdnr 17; siehe hierzu im Übrigen auch bereits Beschluss des SG vom 2. Oktober 2002 - S 8 KR 4243/03 ER). Im vorliegenden Fall aber sind die H.K. und die vom Kläger beherrschte GmbH durchaus daran interessiert gewesen, einen wirksamen Arbeitsvertrag zu begründen, mit dessen Hilfe auch ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis begründet werden sollte.

Ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis im Sinne des [§ 5 Abs 1 Satz 1 Nr 1 SGB V](#) ist durch den Arbeitsvertrag aber nicht begründet worden. Dafür genügt es nicht, dass die Beschäftigung ernstlich vereinbart und angemessen entlohnt worden ist. Die Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses unter Ehegatten bzw zwischen einer Kapitalgesellschaft, die vom Ehemann beherrscht wird, und seiner Ehefrau darf (und muss nach Ansicht des Senats) zusätzlich davon abhängig gemacht werden, dass die Beschäftigung auch tatsächlich im vereinbarten Umfang ausgeübt (erfüllt) worden ist (vgl BVerfG, Kammerbeschluss vom 7. November 1995, [2 BvR 802/90](#), [NJW 1996, 833](#) zum Steuerrecht). Dies ist zur Überzeugung des Senats nicht nachgewiesen. Der Senat ist vielmehr davon überzeugt, dass H.K. ab dem 1. April 2003 zu keinem Zeitpunkt mehr als nur geringfügig gearbeitet hat und darüber hinaus aus gesundheitlichen Gründen auch nicht arbeiten konnte. Dies ergibt sich aus Folgendem:

Am 1. April 2003 rechnete der behandelnde Arzt Dr. G. auf privatärztlicher Basis eine Beratung und am 11. April 2003 eine Untersuchung zur Erhebung des Ganzkörperstatus ab (Bl 2 der Verwaltungsakte der Beklagten). Dazwischen stellte sich H.K. am 8. April 2003 in der Neurochirurgischen Universitätsklinik F. vor (Arztbrief Prof. Dr. O. vom 8. April 2003, Bl 187 der LSG-Akte). Eine weitere ambulante Untersuchung fand am 16. April 2003 in der Medizinischen Klinik, Abteilung II, des Universitätsklinikums T. statt (Arztbrief Prof. Dr. K. vom 23. April 2003, Bl 53 f der SG-Akte S 8 KR 4243/03 ER). Noch am selben Tag wurde in der Abteilung für radiologische Diagnostik an der

Universität T. eine computertomographische Untersuchung durchgeführt (Rechnung des Prof. Dr. C. vom 5. Juni 2003, BI 38 der SG-Akte S 8 KR 4243/03 ER). Vom 19. bis 20. April 2003 befand sich H.K. in stationärer Behandlung in der Neurologie des Städtischen Krankenhauses Si ... Dort klagte sie im Übrigen über eine seit einer Woche bestehende, progrediente Zephalgie sowie über Schmerzen der gesamten linken Körperhälfte (Arztbrief Prof. Dr. N. vom 2. Mai 2003, BI 57 der SG-Akte S 8 KR 4243/03 ER). Für den 25. April 2003 rechnete die Universitätsklinik T. eine "Vorstationäre Pauschale Allg. Neurologie" ab (Rechnung vom 10. Juli 2003, BI. 76 der Verwaltungsakte der Beklagten) und vom 29. April bis zum 1. Mai 2003 befand sich H.K. in vollstationärer Behandlung in der Neurologischen Klinik am Universitätsklinikum T. (Arztbrief Prof. Dr. D. vom 15. Mai 2003, BI 106 f der LSG-Akte). Nach Auskunft des Universitätsklinikums T. vom 27. Mai 2003 (BI 19/20 der Verwaltungsakte) wurde bei H.K. nur noch eine palliative Chemotherapie durchgeführt wurde Aus alledem folgt, dass H.K. bereits ab dem Zeitpunkt der behaupteten Arbeitsaufnahme am 1. April 2003 schwer erkrankt war und einer derart intensiven ärztlichen Behandlung bedurfte, dass daneben eine mehr als nur geringfügige Arbeit nicht möglich und zumutbar war. Aus den Angaben des Klägers folgt auch, dass H.K. gar nicht diejenigen Tätigkeiten verrichtet hat und verrichten konnte, für die sie angeblich bei der GmbH angestellt worden ist. Zu diesen Aufgaben gehörte zB die Führung des Kassenbuchs. In einer E-Mail vom 8. April 2010 (BI 172 der LSG-Akte) schreibt der Kläger an seinen Prozessbevollmächtigten, dass er selbst im April und Mai 2003 das Kassenbuch geführt und zwei Monate auf einmal abgerechnet habe, von H.K. habe er lediglich bei den Belegen handschriftliche Vorkontierungen und zwei Paketmarken, die von ihr ausgefüllt worden waren, gefunden. Dies belegt nach Auffassung des Senats, dass H.K. nicht wie vorgesehen die Arbeit ausüben konnte.

Eine sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis ab dem 1. April 2003 ist aber unabhängig davon auch aus einem anderen Grund nicht begründet worden. Denn nach der Rechtsprechung des BSG tritt Versicherungspflicht ferner nicht ein, wenn die Umstände des Falles ein missbräuchliches Verhalten oder eine Manipulation zu Lasten der Krankenkasse nahelegen (Rechtsmissbrauch). Beispiele hierfür sind ua, wenn ein Arbeitnehmer ein Arbeitsverhältnis von vornherein mit der Absicht eingeht, die Tätigkeit unter Berufung auf die ihm bekannte Arbeitsunfähigkeit nicht anzutreten oder alsbald wieder aufzugeben (BSG, Urteil vom 29. September 1998 - [B 1 KR 10/96 R](#) = [SozR 3-2500 § 5 Nr 40](#) = juris Rdnr 19). Liegen weitere Umstände vor, etwa eine familiäre oder verwandtschaftliche Beziehung zwischen den Arbeitsvertragsparteien, das Fehlen eines schriftlichen Arbeitsvertrages, eine offensichtlich vom üblichen Rahmen abweichende Lohnhöhe, der Verlust eines anderweitigen Versicherungsschutzes oder eine rückwirkende Anmeldung bei der Krankenkasse nach zwischenzeitlichem Auftreten einer kostenaufwendigen Erkrankung, kann von einer Versicherungspflicht nur ausgegangen werden, wenn weitere Tatsachen diese Verdachtsmomente entkräften. Soweit sich die Tatsachengrundlage objektiv nicht aufklären lässt, trägt derjenige den rechtlichen Nachteil, der sich auf sie beruft (BSG, aaO, mwN).

Im Falle der H.K. liegen gravierende und nicht hinreichend entkräftete Verdachtsmomente vor, die nahelegen, dass hier eine Manipulation zu Lasten der Krankenkasse vorgenommen werden sollte. Dies ergibt sich aus Folgendem:

- H.K. litt seit November 2002 an einem metastasierenden Bronchial-Karzinom mit cerebralen und ossären Metastasierungen. Dies ergibt sich aus dem Arztbrief der Assistenzärztin R. vom 3. Dezember 2002. Sie wurde deshalb in der Folgezeit mehrfach stationär im Universitätsklinikum F., dem Universitätsklinikum T. und dem Städtischen Krankenhaus Si. behandelt. Dies entnimmt der Senat den Arztbriefen des Prof. Dr. O., des Prof. Dr. K., des Prof. Dr. Neu und des Prof. Dr. D ... Dabei wurde bei der H.K. seit dem 3. Februar 2003 nur noch eine palliative Chemotherapie durchgeführt. Dies ergibt sich aus der Auskunft des Universitätsklinikums T. vom 27. Mai 2003. Schließlich hatte sich die orale Chemotherapie mit Capecitabin bereits als ineffektiv gezeigt, was sich aus dem Arztbrief des Prof. Dr. K. vom 23. April 2003 ergibt. Daraus folgt aber insgesamt, dass der H.K. und dem Kläger zum Zeitpunkt der vereinbarten Arbeitsaufnahme ab dem 1. April 2003 die besondere Schwere der Erkrankung bewusst sein musste. Spätestens ab Januar 2003 war sowohl H.K. als auch dem Kläger positiv bekannt, dass H.K. an einer Krebserkrankung litt. Im Schreiben vom 14. Januar 2003 an die A. AG (BI 153 der LSG-Akte) führte der Kläger aus: "Meine Frau wurde daraufhin am 25.11.2002 in der Lungenfachklinik Sch. G. untersucht und am 25.11.2001 an der Lunge operiert. Dabei wurden 2 Herde entfernt und als bösartig diagnostiziert." Auch in der mündlichen Verhandlung am 1. März 2011 hat der Kläger angegeben, dass er seiner Ehefrau nach der Operation nicht sofort die Aufnahme einer Tätigkeit habe zumuten wollen, er habe zunächst die Stabilisierung des Gesundheitszustandes abwarten wollen (vgl Niederschrift vom 1. März 2011) ...

- Eine intensive und erhebliche Kosten verursachende Behandlung der H.K. erfolgte auch unmittelbar nach der Beendigung der privaten Krankenversicherung zum 31. März 2003 (siehe oben).

- Bei der GmbH handelte es sich zudem nicht um eine fremde Arbeitsgeberin, sondern vielmehr um das Unternehmen des Klägers und des Sohnes der H.K. Der Senat geht in diesem Zusammenhang davon aus, dass es höchst unwahrscheinlich ist, dass ein fremder Arbeitgeber in einer solchen Situation (Bronchial-Karzinom mit zahlreichen Metastasierungen) der Erhöhung der Arbeitszeit einer Arbeitnehmerin zugestimmt hätte. Allein die familiäre Beziehung zwischen den Arbeitsvertragsparteien dürfte hierfür ausschlaggebend gewesen sein.

- Zum Zeitpunkt der Arbeitsaufnahme bei der GmbH am 1. April 2003 verfügte die H.K. des Weiteren über keinen anderweitigen Krankenversicherungsschutz. Denn die A. trat mit Wirkung zum 31. März 2003 vom bisherigen Krankenversicherungsvertrag zurück. Dies ergibt sich aus dem Schreiben der A. vom 14. März 2003. Die zugleich angebotene Fortführung des Krankenversicherungsvertrags und der Zahlung des erhöhten Zuschlags von 767,61 EUR ab dem 1. April 2003 (mit einem Gesamtbeitrag von insgesamt 1.103,54 EUR) wurde vom Kläger, der Versicherungsnehmer war, abgelehnt. Nachdem auch die Voraussetzungen für eine Familienversicherung ([§ 10 SGB V](#)) nicht vorgelegen haben, da der Kläger nicht Mitglied einer gesetzlichen Krankenkasse war, und auch ein freiwilliges Beitrittsrecht nach [§ 9 SGB V](#) nicht bestand, verfügte die H.K. mithin am 1. April 2003 über keinen anderweitigen Krankenversicherungsschutz. Im Hinblick auf die schwere Erkrankung der H.K. bestand daher ein dringendes Bedürfnis für einen Krankenversicherungsschutz. Die Dringlichkeit ergab sich insbesondere daraus, dass die A. am 14. März 2003 bereits mit Wirkung zum 31. März 2003 vom Krankenversicherungsvertrag zurücktrat. Bereits dieser (zeitliche) Umstand dürfte erklären, dass die H.K. zum 1. April 2003 (mit einem Arbeitsvertrag, der erst einen Tag zuvor geschlossen wurde) ihre Tätigkeit bei der GmbH aufgenommen hatte, obwohl nach den Angaben des Klägers und des Zeugen E.K. bereits im September 2002 die Erhöhung der Arbeitszeit der H.K. thematisiert wurde.

Aufgrund einer Gesamtabwägung aller hier genannten Umstände ist der Senat zu der Überzeugung gelangt, dass vorliegend eine Missbrauchsabsicht bei der H.K. bestand, sodass der Senat von einer Manipulation zu Lasten der Beklagten ausgeht. Zu berücksichtigen war hierbei letztlich auch, dass nach den vorliegenden Gesamtumständen die H.K. nicht davon ausgehen konnte, die Tätigkeit bei der GmbH längerfristig zu verrichten (vgl zu diesem Gesichtspunkt BSG, aaO, Rdnr 20). Denn es wurde - wie bereits dargelegt - lediglich eine palliative Chemotherapie durchgeführt, die zudem keinen Erfolg zeigte, sodass die H.K. bereits am 14. November 2003 verstarb.

Weitere Tatsachen, die die oben genannten Verdachtsmomente entkräften könnten, liegen nicht vor. Dies hätte etwa der Fall sein können, wenn die GmbH zum 1. April 2002 einen Großauftrag erhalten hätte, für dessen Bewältigung die Arbeitskraft der H.K. in erhöhtem Umfang notwendig gewesen wäre. Etwas Entsprechendes wurde von den Beteiligten nicht vorgetragen. Die Angaben des Klägers zur Umsatzsteigerung im Jahr 2003 sind diesbezüglich einerseits zu allgemein, andererseits lässt die Umsatzhöhe bei einem Unternehmen, dessen Gegenstand die Beratung von Führungskräften ist, keinen Schluss auf den Geschäftsanfall im Sekretariat bzw der Buchhaltung zu. Dies ergibt sich ua auch daraus, dass der Umsatz im gesamten ersten Halbjahr erzielt worden ist, also auch in den Monaten Januar bis März 2003, in denen die H.K. auch nach dem Vortrag des Klägers nur als Aushilfskraft eingesetzt war, sowie im Monat Juni 2003, in dem H.K. unstrittig nicht arbeitsfähig war. Daraus kann sogar umgekehrt gefolgert werden, dass auch in der Zeit ab April 2003 keine im Umfang über die bis März 2003 ausgeübte Tätigkeit als Aushilfskraft hinausgehende Mitarbeit der H.K. erforderlich war. Die im Berufungsverfahren mitgeteilten Freizeitaktivitäten der H.K. vermögen ebenfalls nicht die genannten Verdachtsmomente zu entkräften. Es fehlen auch Angaben darüber, wie der - nach dem Vorbringen des Klägers erhöhte - Arbeitsanfall in der Zeit ab Juni 2003 bewältigt worden ist. Denn nach Auffassung der behandelnden Ärzte war H.K. jedenfalls - wie bereits dargelegt - spätestens ab 30. Mai 2003 arbeitsunfähig. Es hätte nahe gelegen, den Ausfall einer Halbtagskraft für mehrere Monate durch Beschäftigung einer zusätzlichen Kraft auszugleichen. Dies ist offenbar unterblieben. Wie der Kläger in einer E-Mail vom 8. April 2003 an seinen Prozessbevollmächtigten (Bl 172 der LSG-Akte) ausgeführt hat, war er in der Lage, zumindest einen Teil der Buchführungsaufgaben selbst zu übernehmen und hat dies auch getan. Denn er hat seinen Ausführungen zufolge das Kassenbuch im April/Mai 2003 selbst geführt.

Auf jeden Fall aber begründen die og Umstände zur Überzeugung des Senats den Verdacht einer Manipulation zu Lasten der Beklagten. Deshalb sind an den Nachweis der Tatsachen, die Versicherungspflicht begründen, strenge Anforderungen zu stellen. Die Feststellungslast für die Tatsachen, die Versicherungspflicht begründen, trägt derjenige, der sich auf sie beruft (BSG, Urteil vom 4. Dezember 1997, [12 RK 3/97](#), [SozR 3-2500 § 5 Nr 37](#) = [BSGE 81, 231](#)). Die Nichterweislichkeit von Tatsachen geht deshalb zu Lasten des Klägers. Die vom SG gehörten Zeugen E. K. und J. D., deren glaubhafte Angaben der Senat nicht in Zweifel zieht, konnten zur Klärung nichts beitragen. Beide Zeugen haben nicht zusammen in einem Büro oder auch nur in demselben Gebäude mit H.K. gearbeitet und können deshalb aus eigener Anschauung über Art und Umfang der von H.K. verrichteten Tätigkeiten keine oder nur sehr allgemeine Aussagen machen. Die Zeugin J. D. hat vormittags von zu Hause aus für den Kläger bzw die GmbH gearbeitet und nicht im Firmenbüro. Der Zeuge E. K. hat auf die Frage, ob er Angaben dazu machen könne, in welchem Umfang H.K. tatsächlich gearbeitet habe, erklärt, dass sich dies von seinem Schreibtisch natürlich nicht beurteilen lasse. Soweit er ferner dargelegt hat, er "schätze aufgrund des höheren Arbeitsanfalls, dass der Umfang mindestens das zwei- oder dreifache der vorherigen Tätigkeit war," handelt es sich nicht um Wahrnehmungen, die der Zeuge gemacht hat, sondern um eine Meinungsäußerung des Zeugen.

Vor diesem Hintergrund musste der Senat den Zeugen E. K. auch nicht erneut vernehmen. Soweit der Kläger in der mündlichen Verhandlung am 1. März beantragt hat, E. K. zum Beweis dafür, dass dieser bereits im November 2002 vorgeschlagen habe, H. K. bei der Beklagten anzumelden, (erneut) als Zeuge zu vernehmen, musste der Senat diesem Antrag nicht folgen. Vielmehr kann die Behauptung als wahr unterstellt werden, da auch hierdurch der Verdacht einer Manipulation zu Lasten der Beklagten nicht beseitigt wird. Auf die unter Beweis gestellte Behauptung kommt es nicht an. Die vom Senat aufgeführten Gesichtspunkte, die einen solchen Verdacht begründen, werden dadurch in keiner Weise entkräftet. Die zu einem Zeitpunkt als H. K. gesundheitlich noch nicht beeinträchtigt war vorhandene Absicht, ein geringfügiges Arbeitsverhältnis aufzustocken, lässt nicht den Schluss zu, dass diese Absicht auch nach dem Eintritt der schweren und lebensbedrohlichen Erkrankung umgesetzt wird. Dies gilt umso mehr, als die Aufnahme einer umfangreicheren Beschäftigung als bisher genau zu dem Zeitpunkt erfolgen soll, zu dem der bis dahin bestehende private Krankenversicherungsschutz durch eine Kündigung seitens des Versicherungsträgers beendet worden ist. Diese Tatsache legt vielmehr die Annahme nahe, dass ohne den Verlust des privaten Versicherungsschutzes die von H.K. bis dahin verrichtete geringfügige Beschäftigung nach dem Auftreten der schweren und lebensbedrohlichen Erkrankung nicht auch noch ausgeweitet worden wäre.

Die H.K. ist auch nicht durch einen Bescheid der Beklagten, der unter der Beachtung der Voraussetzungen des [§ 45](#) Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X) hätte zurückgenommen werden dürfen, versicherungspflichtig und deren Mitglied geworden. Bei der Mitgliedsbescheinigung vom 28. April 2003 handelt es sich nicht um einen Verwaltungsakt, mit dem Versicherungspflicht festgestellt wurde (vgl in diesem Zusammenhang BSG, Urteil vom 21. Mai 1996 - [12 RK 67/94](#) = [SozR 3-2200 § 306 Nr 2](#) = juris Rdnr 21). Nach [§ 31 Satz 1 SGB X](#) ist ua Voraussetzung für einen Verwaltungsakt, dass er zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts erlassen wird. Entscheidendes Merkmal der "Regelung" ist, ob die Behörde eine potentiell verbindliche Rechtsfolge gesetzt hat, dh ob durch sie Rechte begründet, geändert, aufgehoben oder verbindlich festgestellt werden oder die Begründung, Änderung, Aufhebung oder verbindliche Feststellung solcher Rechte mit Außenwirkung abgelehnt wird (BSG, aaO). Insoweit handelt es sich bei der Mitgliedsbescheinigung nach [§ 175 Abs 2 Satz 1 SGB V](#) nicht um einen Verwaltungsakt, sondern um schlichtes Verwaltungshandeln, aus dem keine Rechte abzuleiten sind (str, wie hier Peters in Handbuch der Krankenversicherung, [§ 175 SGB V](#) Rdnr 16, 24, Stand Juli 1996; wohl auch Peters in Kasseler Kommentar, [§ 175 SGB V](#) Rdnr 20, Stand April 2009; anderer Ansicht Sonnhoff in Hauck/Noftz, [§ 175 SGB VRdnr 22](#), wonach es sich um einen Verwaltungsakt mit Dauerwirkung mit feststellender und nicht konstitutiver Natur handle; offen gelassen vom Sächsischen LSG, Urteil vom 30. September 2009 - [L 1 KR 53/07](#); ebenfalls offen gelassen LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 10. Oktober 2007 - [L 5 KR 2895/06](#)). Sähe man in derartigen Bestätigungen der Mitgliedschaft einen Verwaltungsakt über das Vorliegen der Versicherungspflicht, wären die Krankenkassen erst nach verwaltungsaufwendigen, länger dauernden Verfahren zur Bestätigung einer beantragten Mitgliedschaft in der Lage. Solches würde den Anforderungen an eine Massenverwaltung nicht gerecht (vgl BSG, Urteil vom 21. Mai 1996 - [12 RK 67/94](#) = [SozR 3-2200 § 306 Nr 2](#) = juris Rdnr 21).

Nachdem kein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vorlag, konnte auch die Mitgliedschaft bei der Beklagten gemäß [§ 186 Abs 1 SGB V](#) nicht beginnen. Denn die Mitgliedschaft beginnt mit dem Tag des Eintritts in das versicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnis. Ansprüche gegen die Beklagte sind somit nicht gegeben.

Die H.K. ist auch nicht freiwilliges Mitglied der Beklagten geworden. Sie hat die Mitgliedschaft bei der Beklagten nur bei Eintritt der Versicherungspflicht begründen wollen. Dies ergibt sich aus ihrem Aufnahmeantrag vom 6. Mai 2003.

Die Kostenentscheidung folgt aus [§ 197a SGG](#). Im Gegensatz zur Auffassung des SG war [§ 193 SGG](#) auch bereits im Klageverfahren nicht anwendbar, da der Kläger sein Begehren nicht in der Eigenschaft als Versicherter oder als Sonderrechtsnachfolger einer Versicherten ([§ 56 SGB I](#)), sondern als deren Erben geltend gemacht hat und damit nicht mehr unter die Kostenprivilegierung des [§ 183 SGG](#) fällt. Vielmehr

werden der Kläger und die Beklagte vom persönlichen Anwendungsbereich des [§ 197a SGG](#) erfasst. Unter Beachtung von [§ 197a Abs 1 Satz 1 SGG](#) iVm [§ 154 Abs 1](#) und 2 Verwaltungsgerichtsordnung hat der Kläger die Kosten des Verfahrens beider Instanzen - mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen - zu tragen.

Die Streitwertfestsetzung beruht auf [§ 63 Abs 2](#), [§ 52 Abs 1](#) und [§ 47 Abs 1 Satz 1](#) Gerichtskostengesetz.

Gründe, die Revision zuzulassen, liegen gemäß [§ 160 Abs 2 SGG](#) nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2011-04-05