

S 1 KR 139/07

Land

Schleswig-Holstein

Sozialgericht

SG Lübeck (SHS)

Sachgebiet

Arbeitslosenversicherung

Abteilung

1

1. Instanz

SG Lübeck (SHS)

Aktenzeichen

S 1 KR 139/07

Datum

13.11.2007

2. Instanz

Schleswig-Holsteinisches LSG

Aktenzeichen

-

Datum

-

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

Leitsätze

Der Bezug von Alg II ist solange i.S.v. [§ 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1](#) 2. Hs SGB 5 nicht unrechtmäßig, wie der Leistungsträger die Bewilligung von Alg II nicht aufgehoben hat.

Solange der Leistungsträger von Alg II die bestandskräftige Bewilligung nicht aufgehoben hat, ist die Leistung formal rechtmäßig bezogen worden. Erst nach bzw. mit der Aufhebung wegen einer wesentlichen Änderung in den tatsächlichen Verhältnissen endet die berücksichtigungsfähige Vorversicherungszeit.

Den Krankenkassen ist es verwehrt, bei der Vorversicherungszeit für eine freiwillige Versicherung von ehemaligen Beziehern von Alg II i.S.v. [§ 9 Abs 1 Nr 1 SGB 5](#) eigenständig zu überprüfen, ob die Mitgliedschaft auf einem rechtswidrigen Bezug von Alg II beruht hat.

1. Der Bescheid der Beklagten vom 9. Juni 2006 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 19. Januar 2007 wird aufgehoben. 2. Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger ab 1. Oktober 2006 als freiwilliges Mitglied in der gesetzlichen Krankenversicherung aufzunehmen. 3. Die Beklagte trägt die notwendigen außergerichtlichen Kosten des Klägers. Rechtsmittelbelehrung: Dieses Urteil kann mit der Berufung angefochten werden. Die Berufung ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des Urteils bei dem Schleswig-Holsteinischen Landessozialgericht Gottorfstr. 2 24837 Schleswig schriftlich oder mündlich zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle einzulegen. Die Berufungsfrist ist auch gewahrt, wenn die Berufung innerhalb der Monatsfrist bei dem Sozialgericht Lübeck Eschenburgstraße 3 23568 Lübeck schriftlich oder mündlich zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle eingelegt wird. Die Berufungsschrift muss innerhalb der Monatsfrist bei einem der vorgenannten Gerichte eingehen. Sie soll das angefochtene Urteil bezeichnen, einen bestimmten Antrag enthalten und die zur Begründung der Berufung dienenden Tatsachen und Beweismittel angeben. Auf Antrag kann vom Sozialgericht durch Beschluss die Revision zum Bundessozialgericht zugelassen werden, wenn der Gegner schriftlich zustimmt. Der Antrag auf Zulassung der Revision ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des Urteils bei dem Sozialgericht Lübeck schriftlich zu stellen. Die Zustimmung des Gegners ist dem Antrag beizufügen. Lehnt das Sozialgericht den Antrag auf Zulassung der Revision durch Beschluss ab, so beginnt mit der Zustellung dieser Entscheidung der Lauf der Berufungsfrist von neuem, sofern der Antrag auf Zulassung der Revision in der gesetzlichen Form und Frist gestellt und die Zustimmungserklärung des Gegners beigefügt war.

Tatbestand:

Der Kläger begehrt die freiwillige Mitgliedschaft in der gesetzlichen Krankenversicherung.

Der 1952 geborene Kläger, der seit dem 15. Dezember 2005 von dem Prozessbevollmächtigten gesetzlich betreut wird, war vom 01. Januar 2005 bis zum 30. September 2006 wegen der Zahlung von Arbeitslosengeld 2 (ALG) bei der Beklagten als Pflichtmitglied krankenversichert. Zuvor war er zuletzt 1978 gesetzlich krankenversichert.

Mit Schreiben vom 6. April 2006 (Bl. 53 d. VerwA der Beigel.) wandte sich die Beklagte an die Beigeladene und äußerte erhebliche Zweifel an der Erwerbsfähigkeit des Klägers i.S.d. § 8 Abs. 1 Sozialgesetzbuch 2. Buch (SGB 2). Ab 1. Mai 2006 erhielt der Kläger Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch 12. Buch (SGB 12) unter Anrechnung der weiterhin gewährten Leistungen nach dem SGB 2. Unter Übersendung dieses Schreibens meldete die Arbeitsgemeinschaft Lübeck als zuständiger Leistungsträger von ALG 2 mit Schreiben vom 2. Mai 2006 bei der Beigeladenen einen Erstattungsanspruch an.

Mit Schreiben vom 22. Mai 2005 beantragte der Kläger formlos die Aufnahme als freiwillig krankenversichertes Mitglied bei der Beklagten.

Mit Bescheid vom 09. Juni 2006 lehnte die Beklagte diesen Antrag mit der Begründung ab, Zeiten, in denen die Versicherung allein deshalb bestanden habe, weil ALG 2 – hiervon müsse im Fall des Klägers ausgegangen werden – zu Unrecht bezogen worden sei, blieben unberücksichtigt. Damit sei die Vorversicherungszeit nicht erfüllt. Der Bescheid enthielt keine Rechtsmittelbelehrung.

Dagegen erhob der Kläger am 10. November 2006 Widerspruch und wandte ein, die Leistungen nach dem SGB 2 seien nicht zu Unrecht bezogen worden. Ein unrechtmäßiger Leistungsbezug könne nur dann vorliegen, wenn der gesamte Bewilligungsbescheid durch die Arbeitsgemeinschaft zurückgenommen und die Leistungen zurückgefordert würden. Dies sei nicht der Fall.

Die Aufhebung der Bewilligung von ALG 2 erfolgte durch Bescheid der ARGE vom 20. November 2006 mit Wirkung zum 1. Oktober 2006 unter Bezugnahme auf [§§ 7 Abs. 1](#), 8 und 9 Abs. 1 SGB 2 und 48 Abs. 1 Satz 2 Sozialgesetzbuch 10. Buch (SGB 10) mit der Begründung, die Erwerbsfähigkeit sei weggefallen.

Mit Bescheid vom 19. Januar 2007 wies die Beklagte den Widerspruch des Klägers zurück. Zur Begründung führte sie aus, gemäß [§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB II](#) bestehe ein Anspruch auf Arbeitslosengeld II nur bei vorliegender Erwerbsfähigkeit ([§ 8 SGB II](#)). Aus den gespeicherten Krankheitsdaten gehe hervor, dass der Kläger unter chronischer Niereninsuffizienz, arteriellem Hypertonus, hypertensiver Herz-Nierenkrankheit, einem Zustand nach Stammganglien-Einblutung in Folge hypertensiver Enzephalopathie sowie Epilepsie leide. Realistischerweise sei daher von einer längerfristigen Erwerbsunfähigkeit auch in der Vergangenheit auszugehen und somit davon, dass Erwerbsunfähigkeit – wenn nicht sogar schon vor Beginn des Leistungsbezuges – bereits vor der Aufhebung des Leistungsbezuges von ALG 2 am 22. November 2006 vorgelegen habe. Bei der Beurteilung der Vorversicherungszeit sei es unerheblich, bis zu welchem Zeitpunkt die Leistung (zu Unrecht) weitergezahlt und ob die Leistung zurückgefordert worden sei. Dies habe das Schleswig-Holsteinische Landessozialgericht in seinem Beschluss vom 19. September 2006 Aktenzeichen [L 5 B 376/06 KR ER](#) bestätigt. Somit könne zumindest die Zeit vom 01. Mai bis zum 30. September 2006 bei der Anrechnung der Versicherungszeiten nicht berücksichtigt werden, da für diesen Zeitraum durch die Stadt Lübeck Leistungen nach dem SGB 2 bewilligt und diese Leistungen mit der ARGE verrechnet worden seien. Daraus folge, dass der Kläger innerhalb der maßgeblichen Rahmenfrist vom 01. Oktober 2005 bis 30. September 2006 eine durchgehende Vorversicherungszeit von 12 Monaten vor dem Ausscheiden aus der Versicherungspflicht nicht nachweisen könne.

Gegen den am 24. Januar 2007 zugestellten Bescheid richtet sich die am 16. Februar 2007 bei dem Sozialgericht Lübeck erhobene Klage. Zur Begründung macht der Kläger geltend, es habe kein unrechtmäßiger Leistungsbezug vorgelegen. Voraussetzung für die Annahme einer zu Unrecht bezogenen Leistung sei die Rücknahme der ursprünglichen Leistungsbewilligung und die Rückforderung gezahlter Leistungen gemäß den [§§ 45, 50 SGB X](#). Im Fall des Klägers sei jedoch keine Rücknahme und Rückforderung erfolgt, sondern das ALG 2 lediglich gemäß [§ 48 SGB X](#) für die Zukunft eingestellt worden. Der Kläger übersendet auf Anforderung das zur Frage der Unterbringung in der Fachklinik N erstellte Gutachten des Arztes für psychotherapeutische Medizin, Neurologie und Psychiatrie Dr. D vom 27. November 2006.

Der Kläger beantragt, die Beklagte zu verurteilen, unter Aufhebung des Bescheides vom 9. Juni 2006 und des Widerspruchsbescheides vom 19. Januar 2007 den Kläger als freiwilliges Mitglied bei der AOK weiterhin krankenversicherern.

Die Beklagte beantragt, die Klage abzuweisen.

Sie bezieht sich auf ein gemeinsames Rundschreiben der Spitzenverbände zur Versicherungs-, Beitrags- und Melderecht in der Kranken- und Pflegeversicherung für Bezieher von Arbeitslosengeld 2 vom 26. Januar 2007 und verweist insbesondere auf Abschnitt III, Punkt 2.2. Sie regt an, zum Zeitpunkt des Eintritts der Erwerbsunfähigkeit einen ärztlichen Gutachter zu hören. Nach Übersendung des Gutachtens von Dr. D wird die Klageerwiderung dahingehend ergänzt, das danach unzweifelhaft Erwerbsunfähigkeit - wenn nicht sogar schon vor Beginn des Leistungsbezuges - so doch bereits im Jahr 2005 vorgelegen habe. Die Kammer hat durch Beschluss vom 10. September 2007 den Bürgermeister der Hansestadt Lübeck beigeladen.

Die Beigeladene hat keinen Antrag gestellt.

Im Termin zur mündlichen Verhandlung am 13. November 2007 hat die den Kläger betreffende Leistungsakte der Beklagten sowie der Beigeladenen vorgelegen. Darauf sowie auf die Gerichtsakte wird wegen der weiteren Einzelheiten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die Klage ist zulässig und auch begründet. Zu Unrecht hat die Beklagte die Weiterversicherung des Klägers bzw. dessen Aufnahme als freiwilliges Mitglied ab 01. Oktober 2006 nach dem Ausscheiden aus dem ALG 2 Leistungsbezug abgelehnt, denn der Kläger erfüllt die erforderliche Vorversicherungszeit nach [§ 9 Abs. 1 Nr. 1 Sozialgesetzbuch 5. Buch \(SGB 5\)](#).

Der angefochtene Bescheid vom 09. Juni 2006 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 19. Januar 2007 verletzt den Kläger in seinen Rechten und war deshalb aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, den Kläger als freiwilliges Mitglied ab 01. Oktober 2006 in der gesetzlichen Krankenversicherung aufzunehmen.

Gemäß [§ 9 Abs. 1 Nr. 1 SGB 5](#) besteht ein Beitrittsrecht zur freiwilligen Krankenversicherung für Personen, die als Mitglieder aus der Versicherungspflicht ausgeschieden sind und in den letzten fünf Jahren vor dem Ausscheiden mindestens 24 Monate oder unmittelbar vor dem Ausscheiden ununterbrochen mindestens 12 Monate versichert waren; Zeiten der Mitgliedschaft nach [§ 189](#) und Zeiten, in denen eine Versicherung allein deshalb bestanden hat, weil Arbeitslosengeld 2 zu Unrecht bezogen wurde, werden nicht berücksichtigt ([§ 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1](#) 2. Hs. SGB 5 in der Fassung des Gesetzes vom 22. Dezember 2005, BGBl I Seite 3676).

Demgegenüber sind nach [§ 5 Abs. 1 Nr. 2](#) a SGB 5 Personen in der Zeit, in der sie ALG 2 nach dem SGB 2 beziehen, versicherungspflichtig auch dann, wenn die Entscheidung, die zum Bezug der Leistung geführt hat, rückwirkend aufgehoben oder die Leistung zurückgefordert oder zurückgezahlt worden ist ([§ 5 Abs. 1 Nr. 2](#) a SGB 5 in der Fassung des Gesetzes vom 24. Dezember 2003 mit Wirkung zum 01. Januar 2005). Während also die Versicherungspflicht sogar bei formeller Rechtswidrigkeit des Leistungsbezuges nach Aufhebung des Bewilligungsbescheides besteht, sollen bei dem Zugangsrecht zur freiwilligen Krankenversicherung nach [§ 9 Abs. 1 Nr. 1 SGB 5](#) Zeiten des

unrechtmäßigen Bezuges von ALG 2 als Vorversicherungszeit nicht berücksichtigt werden. Der Gesetzgeber wollte verhindern, dass ein wegen fehlender Erwerbsfähigkeit rechtswidriger Bezug von ALG 2 dazu führt, dass nach Ende des unrechtmäßigen Leistungsbezugs eine dauerhafte freiwillige Mitgliedschaft in der gesetzlichen Krankenversicherung begründet werden kann (BT/Drs. 16/245 Seite 9).

Der Kläger war vom 1. Januar 2005 bis zum 30. September 2006 gemäß [§ 5 Abs. 1 Nr. 2 SGB 5](#) auf Grund des Bezuges von ALG 2 in der gesetzlichen Krankenversicherung versicherungspflichtiges Mitglied der Beklagten. Die Vorversicherungszeit gemäß [§ 9 Abs. 1 Nr. 1 SGB 5](#) geht mithin dem 1. Oktober 2006 entweder 12 Monate oder 5 Jahre voraus. Vor dem 1. Oktober 2006 war der Kläger seit dem 1. Januar 2005 und damit mehr als 12 Monate ununterbrochen – aufgrund des ALG 2 Bezuges – bei der Beklagten versichert. Dies wird auch von der Beklagten anerkannt. Auch die Beklagte geht von einer Versicherungspflicht in dem Zeitraum vom 01. Januar 2005 bis zum 30. September 2006 und mithin auch für den Zeitraum des gleichzeitigen Bezuges von Leistungen nach dem SGB 12 seit Mai 2006 aus (Seite 2 des Widerspruchsbescheides). Die in diesem Bescheid geäußerte Rechtsauffassung, zumindest für den Zeitraum vom 01. Mai bis zum 30. September 2006 könnten wegen des gleichzeitigen Bezuges von Leistungen nach dem SGB 12 die Versicherungszeiten nicht berücksichtigt werden, ist deshalb irreführend. Denn die Versicherungspflicht bleibt selbst bei einer rückwirkenden Aufhebung der Leistungsbewilligung gemäß [§ 5 Abs. 1 Nr. 2](#) a SGB 5 bestehen.

Steht mithin fest, dass der Kläger wegen des ALG 2 - Bezuges in dem Zeitraum vom 01. Januar 2005 bis zum 30. September 2006 der Versicherungspflicht unterlag, so könnte eine Anrechnung auf die Vorversicherungszeit allein daran scheitern, dass die Leistung zu Unrecht bezogen wurde.

Die Rechtmäßigkeit eines Leistungsbezuges kann zunächst danach beurteilt werden, ob die materiellen Voraussetzungen dafür vorliegen (materielle Rechtmäßigkeit), etwa, ob der Leistungsbezieher nach [§ 8 Abs. 1 SGB 2](#) erwerbsfähig war. Gemäß [§ 7 Abs. 1 Nr. 2 SGB 2](#) gilt Erwerbsfähigkeit als eine der Anspruchsvoraussetzungen für ALG 2. Diese ist nur dann erfüllt, wenn der Berechtigte fähig ist, unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes mindestens drei Stunden erwerbstätig zu sein ([§ 8 Abs. 1 SGB 2](#)).

Ob diese Anspruchsvoraussetzung während des gesamten Bezuges von ALG 2 vom 1. Januar 2005 bis zum 30. September 2006 vorgelegen hat, steht nicht fest und kann auch nicht dem Gutachten von Dr. D., dass wegen der geplanten Unterbringung für das Amtsgericht Lübeck gefertigt wurde, entnommen werden. Bisher ist von der Beklagten auch keine Feststellung zur Erwerbsunfähigkeit des Klägers und der Unrechtmäßigkeit des ALG 2 Bezugs getroffen worden. Diese hat die Ablehnung der Aufnahme des Klägers als freiwilliges Mitglied lediglich mit der Vermutung der Unrechtmäßigkeit ("es müsse davon ausgegangen werden") begründet, ohne diese ausdrücklich festzustellen. Eine derartige Unterstellung ohne jegliche Begründung und vorherige gutachtliche Beurteilung kann keine Feststellung der Unrechtmäßigkeit des Leistungsbezuges i.S.d. [§ 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1](#) 2. Hs. SGB 5 darstellen. Ohnehin hat die Beklagte keinen Zeitpunkt oder Zeitraum genannt. Auch im Widerspruchsbescheid stützt die Beklagte die Ablehnung nur auf die Annahme der Erwerbsunfähigkeit des Klägers bereits vor Aufhebung der Bewilligung am 20. November 2006 – wenn nicht schon sogar vor Beginn des Leistungsbezugs. Unabhängig davon, ob die Beklagte berechtigt ist, über die Rechtmäßigkeit einer Leistung eines anderen Leistungsträgers zu entscheiden, können die Formulierungen im Bescheid vom 9. Juni 2006 und im Widerspruchsbescheid vom 19. Januar 2007 nicht als solche Entscheidung gewertet werden, denn sie sind derart unbestimmt, dass es bereits an der formellen Rechtmäßigkeit ([§ 33 Abs. 1 Sozialgesetzbuch 10. Buch, SGB 10](#)) mangelt.

Selbst eine hinreichend bestimmte Entscheidung der Beklagten über die Unrechtmäßigkeit des ALG 2-Bezugs wegen Erwerbsunfähigkeit könnte jedoch die Anrechnung auf die Vorversicherungszeit nicht verhindern, denn den Krankenkassen ist es verwehrt, bei der Prüfung der Vorversicherungszeit für eine freiwillige Versicherung von ehemaligen Beziehern von ALG 2 eigenständig zu überprüfen, ob die Mitgliedschaft auf einem rechtswidrigen Bezug von ALG 2 beruht hat (LSG Essen, Beschluss vom 31. August 2006, [L 11 B 18/06 ER](#); vgl. auch BSG SozR 3 – 2500 § 9 Nr. 3 Seite 9; Peters in Kassler Kommentar, Stand 2004, RdNr. 42).

Der Bezug von ALG 2 ist mithin bis zur Aufhebungsentscheidung der ARGE formal zu Recht erfolgt, da eine rückwirkende Aufhebung ohne das Vorliegen der Voraussetzungen der [§§ 45, 48 SGB 10](#) nicht erfolgen kann (vgl. LSG Niedersachsen, Beschluss vom 6. März 2007, [L 1 KR 1/07 ER](#)). Solange der Leistungsträger von ALG 2 die bestandskräftige Bewilligung nicht aufgehoben hat, ist die Leistung formal rechtmäßig bezogen worden (vergleiche LSG Essen, Beschluss vom 29. August 2006, [L 20 B 77/06 SO ER](#), LSG Essen, Beschluss vom 31. August 2006, [L 11 B 18/06 KR ER](#)). Die materielle Rechtmäßigkeit ist deshalb solange nicht entscheidungsrelevant, wie ALG 2 formal rechtmäßig bezogen wurde. Letzteres ist hier für den Zeitraum bis zum 30. September 2006 der Fall.

Denn die ARGE Lübeck hat die Bewilligung von ALG 2 erst mit Bescheid vom 20. November 2006 mit Wirkung zum 01. Oktober 2006 wegen einer wesentlichen Änderung der tatsächlichen Verhältnisse aufgehoben und nicht wegen einer von Beginn an bestandenen Rechtswidrigkeit der Bewilligung. Der Aufhebungsbescheid vom 20. November 2006 beinhaltet mithin keine Entscheidung über die Unrechtmäßigkeit der in dem Zeitraum vom 01. Januar 2005 bis zum 30. September 2006 gezahlten Leistungen. Deren Unrechtmäßigkeit hätte ohnehin allein bei Vorliegen der Voraussetzungen von [§ 45 SGB 10](#) festgestellt werden können. Eine Rücknahme der Bewilligung nach [§ 45 SGB 10](#) ist jedoch nicht erfolgt. Wenn aber einerseits der Kläger versicherungspflichtiges Mitglied aufgrund des ALG 2 Bezuges vom 01. Januar 2005 bis zum 30. September 2006 gewesen ist und andererseits die Bewilligung erst zum 01. Oktober 2006 aufgehoben wurde, so sind vor dem letztgenannten Zeitpunkt mehr als 12 Kalendermonate ununterbrochener Versicherungspflicht zu berücksichtigen und die Voraussetzungen für die freiwillige Versicherung ab 01. Oktober 2006 gemäß [§ 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1](#) 2. Hs. SGB 5 sind erfüllt.

Die Kammer vermochte der gegenteiligen Rechtsauffassung, dass es auf die materielle Rechtmäßigkeit des Leistungsbezuges ankommt, nicht zu folgen. Sie sieht diese Rechtsauffassung auch nicht in dem von der Beklagten zitierten Beschluss des Schleswig-Holsteinischen Landessozialgerichts vom 19. September 2006, [L 5 B 376/06 KR ER](#) begründet. Vielmehr wird dort auf den Wortlaut des [§ 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1](#) 2. Hs. SGB 5 abgestellt und ausgeführt, es sei nicht geregelt, wer die Feststellung verbindlich treffe. Hinweise darauf, ob es auf die materielle oder formelle Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit ankommt, finden sich in dem Beschluss nicht. Zwar hat das Sozialgericht Lübeck in seinem Beschluss vom 10. April 2006 ([S 5 KR 37/06 ER](#)) und ebenso das LSG Niedersachsen (Beschluss vom 6. März 2007, [L 1 KR 1/07 ER](#)) die Auffassung vertreten, dass die materielle Rechtswidrigkeit ausreicht und die Anwendung von [§ 9 Abs. 1 Nr. 1](#) 2. Halbsatz SGB V nicht voraussetzt, dass die Bewilligung der Leistungen nach dem SGB 2 aufgehoben wurde und dies damit begründet, eine solche Betrachtung würde dem Gesetzeszweck zuwiderlaufen, diese Auffassung vermag die 1. Kammer jedoch nicht zu folgen.

Im Ergebnis würde dies nämlich bedeuten, dass erstmalig und einmalig im Sozialversicherungsrecht nicht der die Leistung gewährende

Träger sondern ein anderer über die Rechtmäßigkeit dieser Leistung entscheiden kann. Eine derart weitgehende Intention ist der Gesetzesbegründung nicht zu entnehmen. Die Verhinderung einer Mitgliedschaft aufgrund eines rechtswidrigen Bezuges von ALG 2 kann als Ziel auch verfolgt werden, wenn diese Rechtswidrigkeit die Aufhebung der Bewilligung durch den zuständigen Leistungsträger voraussetzt. Nur der zuständige Leistungsträger hat nach den Regeln des Sozialversicherungsrechts die Kompetenz, über Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit nach den Vorschriften des §§ 45 ff. SGB 10 zu entscheiden. Auch der Vertrauensschutz nach den §§ 45, 48 SGB 10 wäre nicht gewährleistet, würde man die materielle Rechtswidrigkeit ausreichen lassen. Zutreffend weist der 1. Senat des LSG Niedersachsen darauf hin, dass in der Regel keine Bösgläubigkeit des Leistungsempfängers im Hinblick auf das Vorliegen oder Nichtvorliegen von Erwerbsfähigkeit gegeben sein wird, so dass im Regelfall auch keine rückwirkende Aufhebung der Leistungsbewilligung erfolgen kann (LSG Niedersachsen, a.a.O., S. 7).

Daraus zu schließen, es müsse deshalb die materielle Rechtswidrigkeit ausreiche, würde eine Umgehung des Vertrauensschutzes bedeuten. Dieses Rechtsgut gilt es jedoch auch bei der Gefahr von Missbrauch zu schützen.

Die Berücksichtigung der berechtigten Interessen der Beklagten, dass Erwerbsunfähige keine Leistungen nach dem SGB 2 sondern nach dem SGB 10 erhalten, müsste auf andere Art und Weise sichergestellt werden. Wenn der Gesetzgeber jedenfalls die Anrechnung im Rahmen der Vorversicherungszeit daran scheitern lassen will, das ALG 2 zu Unrecht bezogen wurde, so ist diese Feststellung allein von dem zuständigen Leistungsträger zu treffen. Auch umgekehrt ist die Zuständigkeit deutlich abgegrenzt: so sind zum Beispiel Krankenkassen unter Berücksichtigung der Versicherungspflicht nach § 5 Abs. 1 Nr. 2a SGB 5 für einen Bezieher von ALG 2 nicht befugt, der Entscheidung des Leistungsträgers nach § 44 a SGB 2 zu widersprechen oder die Übernahme von Kosten für eine stationäre Krankenhausbehandlung unter Hinweis auf die nicht vorliegende Erwerbsfähigkeit des Arbeitssuchenden zu versagen (LSG Niedersachsen/Bremen, Beschluss vom 19. April 2005, L 4 KR 42/05 ER). Denn grundsätzlich gilt, dass innerhalb eines gegliederten Sozialleistungssystems die anderen Träger die Regelungsbefugnis des zuständigen Trägers zu akzeptieren haben. Soweit das Gesetz nicht ausdrücklich etwas anderes anordnet, muss jeder Träger die Entscheidung der anderen Träger respektieren und inhaltlich seinen Entscheidungen zu Grunde legen (vergleiche BSG SozR 1300 § 103 Nr. 2; SozR 3 - 2200 § 183 Nr. 6; SozR 3 - 1300 § 86 Nr. 3). Die Gesetzesbegründung gibt keinen Hinweis, dass im Rahmen des § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 2. Hs. SGB 5 von diesen Grundsätzen abgewichen werden sollte.

Die Unrechtmäßigkeit des Leistungsbezuges, die zu einer Vernichtung der Berücksichtigung dieses Zeitraumes bei der Vorversicherungszeit führt, besteht auch nicht aus anderen Gründen. Insbesondere scheitert die Anrechnung nicht daran, dass der Kläger in dem Zeitraum vom 01. Mai bis zum 30. September 2006 neben ALG 2 auch Sozialhilfe nach dem SGB 12 bezogen hat. Denn die Leistungsgewährung eines weiteren Leistungsträgers, nämlich der Beigeladenen, vermag ebenfalls nicht die Rechtswidrigkeit des ALG 2 Bezuges zu begründen. Diese folgt auch nicht daraus, dass die ARGE einen Erstattungsanspruch angemeldet hat. Der entgegenstehenden Rechtsauffassung des LSG Nordrhein-Westfalen (Beschluss vom 31. August 2006, L 11 B 18/06 KR ER Rn 14) vermochte die Kammer nicht zu folgen. Im Übrigen geht auch der 11. Senat des LSG Essen davon aus, dass die Rechtslage noch ungeklärt ist und hat ausgeführt, aus der Anmeldung eines Erstattungsanspruches könne noch nicht die Wirkung einer faktischen Rücknahme der Bewilligung beigemessen werden und die abschließende rechtliche Würdigung müsse daher im Hauptsacheverfahren erfolgen (Beschluss am angegebenen Ort Rn 15).

Schließlich ist noch auszuführen, das auch dem Gemeinsamen Rundschreiben der Spitzenverbände der Krankenkassen vom 26. Januar 2007 an der von der Beklagten zitierten Stelle (III. 2. 2) keine Ausführungen darüber zu entnehmen sind, wer die Feststellung des unrechtmäßigen Leistungsbezuges trifft und ob die materielle Rechtswidrigkeit ausreicht oder die formelle Rechtswidrigkeit festgestellt worden sein muss.

Nach alledem war der Klage in vollem Umfang stattzugeben und die Beklagte zu verurteilen, den Kläger ab 01. Oktober 2006 gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 1 SGB 5 als freiwilliges Mitglied aufzunehmen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 193 SGG.

Abschließend weist die Kammer allerdings darauf hin, dass zu der Frage, wann eine Unrechtmäßigkeit des Leistungsbezuges i.S.v. § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 2. Hs. SGB 5 vorliegt, derzeit eine Revision bei dem 12. Senat des Bundessozialgerichts (BSG) anhängig ist (B 12 KR 19/07 R).

Der Vorsitzende der 1. Kammer

gez. Klingauf
Rechtskraft
Aus
Login
FSB
Saved
2010-06-02