

L 10 KR 51/07

Land
Sachsen-Anhalt
Sozialgericht
LSG Sachsen-Anhalt
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
10
1. Instanz
SG Magdeburg (SAN)
Aktenzeichen
S 13 KR 215/05
Datum
12.04.2007
2. Instanz
LSG Sachsen-Anhalt
Aktenzeichen
L 10 KR 51/07
Datum
24.06.2009
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum
-

Kategorie
Urteil
Leitsätze

Höhe des Krankengeldes; Selbständiger; Ermessen

Die Bescheide der Beklagten vom 23. September 2005 und 29. September 2005 werden aufgehoben; insoweit werden der Widerspruchsbescheid der Beklagten vom 7. November 2005 und das Urteil des Sozialgerichts Magdeburg vom 12. April 2007 abgeändert. Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen. Die Beklagte hat dem Kläger 1/5 seiner notwendigen außergerichtlichen Kosten zu erstatten. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten über die Höhe des Krankengeldes.

Der Kläger ist seit 1985 selbständig tätig und bei der Beklagten freiwillig mit Anspruch auf Krankengeld versichert. In einem Fragebogen zur Beitragseinstufung gab er gegenüber der Beklagten im Dezember 2004 an, ein Einkommen in Höhe von 1.750,00 EUR monatlich zu erzielen.

Am 28. Juli 2004 wurde er arbeitsunfähig; die Beklagte anerkannte einen Anspruch auf Krankengeld dem Grunde nach ab dem 8. September 2004 an. Zunächst bezifferte der Kläger seinen Einkommensverlust auf 1.910,00 EUR monatlich (Bl. 11 VA); später legte er aber eine selbst erstellte Einnahme-Überschussrechnung für die Zeit vom 29. März bis 27. Juli 2004 vor, die in diesem Zeitraum insgesamt einen Überschuss in Höhe von 572,72 EUR auswies. Hierbei setzte der Kläger "Umsatzerlöse" in Höhe von rund 1.700,00 EUR und "sonstige Erlöse" von rund 4.500,00 EUR an. Abschreibungen - z. B. für einen Pkw - oder pauschale Abzüge nahm er nicht vor. Zugleich legte er einen Bescheid über die Einkommenssteuer für das Jahr 2003 vor. Danach erwirtschaftete der Gewerbebetrieb des Klägers einen Verlust von über 6.000,00 EUR.

Mit Bescheid vom 27. April 2005 berücksichtigte die Beklagte lediglich die "Umsatzerlöse" und berechnete auf dieser Basis ein Krankengeld in Höhe eines Bruttozahlbetrages von 10,28 EUR täglich (Bl. 30 Verwaltungsakte [VA]). Eine Berücksichtigung der sonstigen betrieblichen Erträge sei nicht erfolgt, da es nicht ersichtlich sei, dass diese bei Arbeitsunfähigkeit nicht anfielen. Demgegenüber meinte der Kläger, die sonstigen betrieblichen Erträge (Zuschuss vom Arbeitsamt für einen Mitarbeiter) müssten berücksichtigt werden. Wegen seiner Krankheit habe er diesen Mitarbeiter entlassen müssen, weshalb der Zuschuss nicht mehr gezahlt worden sei.

Mit Bescheid vom 6. Mai 2005 lehnte die Beklagte die Berücksichtigung der sonstigen betrieblichen Erträge ab. Hiergegen legte der Kläger Widerspruch ein und führte aus, der Zuschuss würde auch vom Finanzamt steuerlich berücksichtigt.

Im Weiteren wies die Beklagte darauf hin, dass nach ihrer Satzung freiwillige Mitglieder, die selbständig tätig seien, nur dann Krankengeld bekämen, wenn ihr Arbeitseinkommen ganz oder überwiegend auf Grund der eingetretenen Arbeitsunfähigkeit verloren ginge. Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts erfolge bei Selbständigen die Krankengeldberechnung nur auf der Basis des auf tatsächlichem Arbeitseinkommen beruhenden Bemessungsentgeltes. Mit Schreiben vom 23. September 2005 legte die Beklagte dar, dass die bisherige Krankengeldberechnung unrichtig gewesen sei. Man hätte nicht die Umsatzerlöse, sondern lediglich den Gewinn heranziehen dürfen. Damit ergebe sich bei Berücksichtigung eines Betrages von 572,72 EUR für 121 Tage ein Krankengeld in Höhe von 3,31 EUR täglich (Bl. 115 VA). Eine Verrechnung des bisher gezahlten Krankengeldes erfolge jedoch nicht; bei der nächsten Zahlung komme aber der korrigierte Satz zur Anwendung.

Mit Bescheid vom 29. September 2005 nahm die Beklagte nach [§ 45 SGB X](#) die bisherige Bewilligung zurück und reduzierte die Zahlung von Krankengeld ab dem 31. August 2005 auf 3,31 EUR kalendertäglich. Eine Verrechnung oder Rückforderung werde nicht erfolgen, da die

Überzahlung durch einen Berechnungsfehler der Krankenkasse zustande gekommen sei.

Hiergegen legte der Kläger mit Schreiben vom 12. Oktober 2005 Widerspruch ein und wies darauf hin, dass jener Betrag von 572,72 EUR kein entgangener Gewinn sei, sondern ein vorhandener Gewinn. Sein entgangener Gewinn bestehe in dem Umstand, dass er mehrere gute Aufträge für das Jahr 2004 und 2005 habe absagen müssen, die ihm einen Gewinn von 11.500,00 EUR bzw. 15.000,00 EUR erbracht hätten. Mit Widerspruchsbescheid vom 8. November 2005 wies die Beklagte den Widerspruch des Klägers zurück. Auf Grund der geltenden Gesetze und der ergangenen Rechtsprechung könne und dürfe von der Beklagten kein Krankengeld in der geforderten Höhe gezahlt werden.

Hiergegen hat der Kläger am 5. Dezember 2005 Klage erhoben und zur Begründung auf [§ 47 SGB V](#) hingewiesen. Mit Urteil vom 12. April 2007 hat das Sozialgericht Magdeburg die Klage abgewiesen und sich zur Begründung im Wesentlichen auf die von der Beklagten angeführte Rechtsprechung des Bundessozialgerichts gestützt. Das Krankengeld könne lediglich aus dem Arbeitseinkommen errechnet werden; die diesbezüglichen Berechnungen der Beklagten seien rechnerisch richtig.

Gegen die ihm am 4. Juni 2007 zugestellte Entscheidung hat der Kläger noch im gleichen Monat Berufung eingelegt. Zur Begründung führt er aus, zu Unrecht sei nur der geringe Gewinn aus dem Zeitraum vom 29. März bis 27. Juli 2004 zugrunde gelegt worden. Er sei zuvor rund 1 ½ Jahre krank gewesen und habe insoweit eine Weile gebraucht, um wieder Aufträge einzuholen und Kunden zu gewinnen. Insoweit könne nicht der geringe Gewinn der Aufbauphase der Krankengeldberechnung zugrunde gelegt werden. Weiterhin sei zu berücksichtigen, dass nicht an einen Unterschiedsbetrag zwischen Gewinnen und Verlusten angeknüpft werden könne. Vielmehr müsse an den Gewinn vor Abzug der Verluste angeknüpft werden, denn die mit der Selbständigkeit verbundenen monatlichen Ausgaben, wie Gewerbemiete, Lohnzahlung und die Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen für Beschäftigte liefen weiter. Zumindest der Lohnkostenzuschuss sei als Einnahme zu berücksichtigen. Zudem verstoße es gegen [Art. 3](#) Grundgesetz, dass Selbständige mit unterschiedlichen Gewinnen, aber gleicher Beitragshöhe Krankengeld in unterschiedlicher Höhe bezögen. Außerdem hätte die Beklagte ihn darüber informieren müssen, dass er trotz höheren Beitrages so gut wie keinen Anspruch auf Krankengeld habe. Dann hätte er entweder den Versicherungsvertrag ändern oder zu einer anderen Krankenversicherung wechseln können.

Der Kläger beantragt sinngemäß,

das Urteil des Sozialgerichts Magdeburg vom 12. April 2007 aufzuheben und die Bescheide der Beklagten vom 27. April 2005, 6. Mai 2005, 23. September 2005, 29. September 2005, alle in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 7. November 2005 abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, ihm rückwirkend ab dem 8. September 2004 Krankengeld auf Grund der seit dem 28. Juli 2004 festgestellten Arbeitsunfähigkeit entsprechend dem der Beitragsbemessung zugrunde liegenden Einkommen vom 8. September 2004 zum 27. Januar 2006 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält die angefochtene Entscheidung für zutreffend. Nach einem Hinweis des Berichterstatters hat sie vorgetragen, sie habe auch ihr Ermessen ordnungsgemäß ausgeübt, da sie auf eine Rückforderung für die Vergangenheit verzichtet habe.

Auf Bitten des Senats hat der Kläger einen Einkommenssteuerbescheid für das Jahr 2004 vorgelegt. Danach betrug der Verlust rund 5.800,00 EUR.

Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung einverstanden erklärt.

Die Gerichtsakte und die Verwaltungsakte der Beklagten haben vorgelegen und waren Gegenstand der Beratung. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhaltes und des Sachvortrages der Beteiligten wird auf den Inhalt der Gerichtsakte und der Verwaltungsakte ergänzend verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung ist überwiegend unbegründet (A.); aufgrund fehlender Ermessensausübung waren allerdings die Bescheide vom 23. September 2005 und 29. September 2005 aufzuheben (B.).

A. Soweit der Kläger verlangt, die Beklagte zur Zahlung eines höheren Krankengeldes als 10,28 EUR zu verurteilen, ist die Klage unbegründet. Insoweit ist der Kläger durch die Bescheide der Beklagten vom 27. April 2005, 6. Mai 2005, 23. September 2005, 29. September 2005, alle in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 7. November 2005, nicht beschwert.

I. Denn nach [§ 47 Abs. 1 Satz 1](#) des Sozialgesetzbuches - Fünftes Buch - Gesetzliche Krankenversicherung (SGB V) hat der Kläger überhaupt keinen Anspruch auf Krankengeld ab dem 8. September 2004, da er in dem für die Berechnung dieser Leistung maßgeblichen Zeitraum kein Einkommen erzielt hat. Nach dieser Vorschrift (i.d.F. durch Art. 2 Nr. 14 Buchst. a nach Maßgabe des Art. 4 § 2 des Gesetzes vom 1.11.1996, [BGBl. I 1631](#)) beträgt das Krankengeld 70 v.H. des erzielten regelmäßigen Arbeitsentgelts und Arbeitseinkommens, soweit es der Beitragsberechnung unterliegt (Regelentgelt). Für Versicherte, die - wie der Kläger - nicht Arbeitnehmer sind, gilt nach [§ 47 Abs. 4 Satz 2 SGB V](#) (i.d.F. durch Art. 4 Nr. 2 des Gesetzes vom 21.3.2005, [BGBl. I 818](#)) als Regelentgelt der kalendertägliche Betrag, der zuletzt vor Beginn der Arbeitsunfähigkeit für die Beitragsbemessung aus Arbeitseinkommen maßgebend war. Zwar lag der Beitragsbemessung zuletzt vor Eintritt der Arbeitsunfähigkeit des Klägers nach [§ 240 Abs. 4 Satz 2 SGB V](#) (i.d.F. durch Art. 5 Nr. 11a des Gesetzes vom 24.12.2003, [BGBl. I 2954](#)) der vierzigste Teil der monatlichen Bezugsgröße für das Jahr 2004 zugrunde (2.030,00 EUR/Monat). Jedoch ist dieses fiktive Mindesteinkommen nicht für die Berechnung des Krankengeldes maßgeblich (dazu 1). Das Krankengeld richtet sich vielmehr nach dem tatsächlich erzielten negativen Einkommen im Jahre 2003, so dass ein Anspruch ausgeschlossen ist (dazu 2). Selbst ein hilfsweises Abstellen auf andere Zeiträume führt nicht zu einem für den Kläger günstigeren Ergebnis (3).

1) Das Krankengeld bemisst sich bei hauptberuflich selbstständig Erwerbstätigen nach dem erzielten Arbeitseinkommen und nicht nach dem für die Beitragsbemessung maßgebenden Mindesteinkommen (BSG, 30.03.2004 - [B 1 KR 32/02 R](#) - [BSGE 92, 260](#) = [SozR 4-2500 § 47 Nr. 1](#); ebenso BSG, 7.12.2004 - [B 1 KR 17/04 R](#) - USK 2004-61). Krankengeld kann grundsätzlich nur als Ersatz für diejenigen Einkünfte beansprucht werden, die der Versicherte vor Eintritt der Arbeitsunfähigkeit bzw vor Beginn der stationären Behandlung als Arbeitsentgelt oder Arbeitseinkommen (tatsächlich) bezogen hat und die wegen der Erkrankung entfallen (zum Ganzen BSG, 30.05.2006 - [B 1 KR 19/05 R](#) - [BSGE 96, 246](#) = [SozR 4-2500 § 47 Nr. 4](#), jeweils RdNr. 23 ff). Dies gilt auch für Versicherte, die - wie der Kläger - keine Arbeitnehmer sind.

Das beitragsrechtlich maßgebliche Mindesteinkommen für alle freiwillig Versicherten nach [§ 240 Abs. 4 Satz 1 SGB V](#) soll mit der darauf beruhenden Mindestbeitragshöhe verhindern, dass sich freiwillige Kassenmitglieder mit geringen Einkünften zu Lasten der Solidargemeinschaft der Pflichtversicherten Krankenversicherungsschutz zu unangemessen niedrigen Beiträgen verschaffen können (vgl. [BT-Drucks. 8/338 S 60](#) zu § 180 Abs. 4 RVO in der Fassung des Krankenversicherungs-Kostendämpfungsgesetzes vom 27. Juni 1977 - [BGBl. I 1069](#); dazu: [BSGE 52, 32](#), 33 = [SozR 2200 § 385 Nr. 5](#) S 14; zur Verdoppelung des Mindestbeitrags ab dem 1. Januar 1989 und ihrer verfassungsrechtlichen Beurteilung: [BSGE 70, 13](#), 19 f = [SozR 3-2500 § 240 Nr. 6](#) S 15 f; BSG [SozR 3-1300 § 40 Nr. 2](#); BVerfG [SozR 3-1300 § 40 Nr. 3](#)). Der Zweck der Mindestbeitragshöhe liegt somit gerade nicht darin, die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der freiwillig Versicherten zu erfassen.

Die zum 1. Januar 1993 eingeführte besondere Mindesteinnahmen-Grenze für freiwillig versicherte hauptberuflich Selbstständige beruht im Verhältnis zu den Pflichtversicherten auf demselben Grundgedanken wie diejenige für die übrigen freiwillig Versicherten (BSG, 26.9.1996 - [12 RK 46/95](#) - [BSGE 79, 133](#), 141 = [SozR 3-2500 § 240 Nr. 27](#) S 106). Sie soll außerdem vermeiden, dass Selbstständige deshalb ungerechtfertigt begünstigt werden, weil die Beitragsbemessung bei ihnen nicht wie bei anderen Versicherten am Bruttoeinkommen, sondern an dem um die Betriebsausgaben bereinigten Gewinn aus selbstständiger Erwerbstätigkeit anknüpfen kann (BSG, a.a.O. S 107 f; BVerfG, 22.5.2001 - [1 BvL 4/96](#) - [BVerfGE 103, 392](#), 398 f = [SozR 3-2500 § 240 Nr. 39](#) S. 194).

Diese Rechtsprechung des Bundessozialgerichts hat der Gesetzgeber im Weiteren auch bestätigt, indem er in [§ 47 SGB V](#) - wie schon die Vorinstanz ausgeführt hat - den Zusatz "aus Arbeitseinkommen" aufgenommen hat. Hierzu heißt es in den Gesetzesmaterialien ([BT-Drucksache 15/4228, S. 25](#) zu Art. 4 Nr. 2): "Die Regelung bewirkt, dass die Krankengeldberechnung bei freiwillig versicherten Selbständigen nur auf der Basis des auf Arbeitseinkommen beruhenden Bemessungsentgelts erfolgt. Hierbei handelt es sich um eine gesetzliche Klarstellung der geltenden Rechtslage. Das Krankengeld der gesetzlichen Krankenversicherung hat Entgeltersatzfunktion. Da bei freiwilligen Mitgliedern der GKV auch sonstige Einnahmen bei der Beitragsbemessung herangezogen werden, hat die geltende Rechtslage zu Auslegungsfragen hinsichtlich der Krankengeldhöhe geführt. Das Bundessozialgericht hat die entsprechende bisherige Praxis der Krankenkassen, nach der die Krankengeldberechnung bei freiwillig versicherten Selbständigen nur auf der Basis des auf Arbeitseinkommen beruhenden Bemessungsentgelts erfolgt, für rechtmäßig erklärt."

2) Hier ist das konkrete Arbeitseinkommen zu ermitteln (dazu a). Dafür kommt es auf die tatsächlich erzielten Einkünfte in dem vor Eintritt der Arbeitsunfähigkeit abgeschlossenen Kalenderjahr 2003 und nicht diejenigen im Jahre 2004 an (dazu b).

a) Bei freiwillig versicherten hauptberuflich Selbstständigen ist das Krankengeld nach [§ 47 Abs. 4 Satz 2 SGB V](#) im Sinne einer widerlegbaren Vermutung nach dem Regelentgelt zu berechnen, das dem Betrag entspricht, aus dem zuletzt vor Eintritt der Arbeitsunfähigkeit Beiträge entrichtet worden sind. Diese Regelvermutung ist aber widerlegt, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass dieser Betrag erkennbar nicht der tatsächlichen wirtschaftlichen Situation des Versicherten vor Eintritt der Arbeitsunfähigkeit entspricht, weil sein tatsächliches Arbeitseinkommen wesentlich geringer war (vgl. BSG, 14.12.2006 - [B 1 KR 11/06 R](#) - [BSGE 98, 43](#) = [SozR 4-2500 § 47 Nr. 7](#), jeweils RdNr. 9).

Liegt der Beitragsbemessung nach [§ 240 Abs. 4 Satz 2 SGB V](#) das Mindesteinkommen zugrunde, bestehen regelmäßig konkrete Anhaltspunkte dafür, dass dieser Betrag, aus dem zuletzt vor Eintritt der Arbeitsunfähigkeit Beiträge entrichtet worden sind, nicht der tatsächlichen wirtschaftlichen Situation des Versicherten vor Eintritt der Arbeitsunfähigkeit entspricht, weil sein tatsächliches Arbeitseinkommen geringer war. Das der Beitragsbemessung zugrunde gelegte und das vor der Arbeitsunfähigkeit erzielte Arbeitseinkommen fallen in diesen Fällen regelmäßig auseinander. Denn dem nach [§ 240 Abs. 4 Satz 2 SGB V](#) errechneten Mindestbeitrag liegt in der Regel ein fiktives Mindesteinkommen zugrunde, das gerade nicht die tatsächliche wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des freiwillig Versicherten genau erfasst. Für freiwillige Mitglieder, die hauptberuflich selbstständig erwerbstätig sind, gilt nach [§ 240 Abs. 4 Satz 2 SGB V](#) als beitragspflichtige Einnahme für den Kalendertag der dreißigste Teil der monatlichen Beitragsbemessungsgrenze ([§ 223 SGB V](#)), bei Nachweis niedrigerer Einnahmen jedoch (grundsätzlich) mindestens der vierzigste Teil der monatlichen Bezugsgröße. Der Nachweis der tatsächlich erzielten, niedrigeren Einnahmen liegt der Krankenkasse mithin in der Regel vor, wenn sie über die Höhe des Krankengeldes zu entscheiden hat. Hier muss das vor Eintritt der Arbeitsunfähigkeit erzielte Arbeitseinkommen konkret ermittelt werden.

b) Für die Ermittlung des Regelentgelts ist auf das vor Eintritt der Arbeitsunfähigkeit am 28. Juli 2004 abgeschlossene Kalenderjahr 2003 und nicht auf die Zeit vom 29. März bis 27. Juli 2004 abzustellen. Denn das für die Ermittlung des Regelentgelts maßgebliche Arbeitseinkommen wird in [§ 15 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) definiert als "der nach den allgemeinen Gewinnermittlungsvorschriften des Einkommensteuerrechts ermittelte Gewinn aus einer selbstständigen Tätigkeit". Angeknüpft wird demnach an das Einkommensteuerrecht, nach dem das Kalenderjahr der maßgebliche Veranlagungszeitraum ist (vgl. [§ 25 Abs. 1](#) Einkommensteuergesetz; BSG, 14.12.2006 - [B 1 KR 11/06 R](#) - [BSGE 98, 43](#) = [SozR 4-2500 § 47 Nr. 7](#), jeweils RdNr. 13). Dies hat zur Folge, dass der nach diesen Vorschriften ermittelte Gewinn aus selbstständiger Tätigkeit vor Schluss eines Kalenderjahres nicht feststeht (vgl. BSG, 26.09.1996 - [12 RK 46/95](#) - [BSGE 79, 133](#), 138 ff = [SozR 3-2500 § 240 Nr. 27](#) S 102 ff).

3) Ein Abstellen auf das Kalenderjahr 2004 mit einem Verlust von rund 5.800,00 EUR würde im Übrigen nicht zu einem anderen Ergebnis führen. Selbst wenn man angesichts der langen Krankheitszeiten des Klägers von diesem Jährlichkeitsprinzip abgehen würde und einen Gewinn in Höhe von 572,72 EUR in dem Zeitraum vom 29. März bis 27. Juli 2004 kritiklos annehmen würde, so ergäbe dies bei 121 Kalendertagen einen Betrag von 4,73 EUR pro Tag, was einem Bruttokrankengeld von 3,31 EUR entspricht (wie es die Beklagte später auch festgestellt hat). Von einem höheren Gewinn ist der Kläger selbst nicht ausgegangen. Nur der Gewinn (und nicht Umsatzerlöse) kann im Sinne des [§ 47 Abs. 1 Satz 1 SGB V](#) als Arbeitseinkommens im Sinne des [§ 15 SGB V](#) verstanden werden, wie schon aus dessen Wortlaut folgt ("Arbeitseinkommen ist der nach den allgemeinen Gewinnermittlungsvorschriften des Einkommensteuerrechts ermittelte Gewinn aus

einer selbständigen Tätigkeit.") Nur der so festgestellte Gewinn unterliegt auch der Beitragspflicht (vgl. [§ 47 Abs. 1 Satz 1 SGB V](#): "Arbeitseinkommen, soweit es der Beitragsberechnung unterliegt"). Die Ausgaben können hier nicht vernachlässigt werden. Dies zeigt auch plastisch der vom Kläger selbst angeführte Zuschuss vom Arbeitsamt für die Beschäftigung eines Arbeitnehmers. Dem standen zwingend Lohnausgaben gegenüber, die der Kläger auch selbst in seiner Einnahme-Überschussrechnung berücksichtigt hat. Noch weniger kann hier auf hypothetische Gewinne für den fiktiven Fall einer Arbeitsfähigkeit des Klägers abgestellt werden. Auch bei Arbeitnehmern bleiben selbst bei Eintritt der Arbeitsunfähigkeit bereits feststehende Umgestaltungen des Beschäftigungsverhältnisses, wie etwa eine Verkürzung der Arbeitszeit (BSG, 25.6.1991 - [1/3 RK 6/90](#) - [SozR 3-2200 § 182 Nr. 8](#)), Erhöhungen des Arbeitsentgelts (BSG, 19.10.1983 - [3 RK 5/82](#) - [SozR 2200, § 182 Nr. 92](#)) oder Änderungen der Leistungsbemessungsgrenze (BSG 22.6.1979 - [3 RK 22/78 SozR 2200 § 182 Nr. 46](#)) unbeachtlich. Anders als im Anwendungsbereich des arbeitsrechtlichen "Lohnausfallprinzips" wird systemgerecht an in der Vergangenheit liegende Verhältnisse auf der Grundlage des Vorverdienstprinzips angeknüpft (Berchtold in Beck-online Kommentar, [§ 47 SGB V](#), RdNr. 2).

Diese Gesetzeslage ist auch nicht verfassungswidrig. Das Bundesverfassungsgericht hat im Zusammenhang mit den Auseinandersetzungen um die leistungs- und beitragsrechtliche Behandlung einmaliger Lohnzahlungen zwar den Grundsatz aufgestellt, dass gleich hohe Beiträge keine unterschiedlich hohen Ansprüche auf Krankengeld begründen dürfen (BVerfG, 11.01.1995 - [1 BvR 892/88](#) - [BVerfGE 92, 53](#) = [SozR 3-2200 § 385 Nr. 6](#)). Dieser Grundsatz wird im Falle des Klägers nicht eingehalten. Ein ebenfalls freiwillig Versicherter mit einem tatsächlichen Arbeitseinkommen von 47 EUR täglich hätte Beiträge in derselben Höhe wie der Kläger zahlen müssen, aber einen höheren Krankengeldanspruch gehabt. In der erwähnten Entscheidung hat das BVerfG jedoch ebenfalls ausgesprochen, dass der Versicherte durch die Berechnung von Lohnersatzleistungen nicht besser gestellt werden darf, als er ohne Eintritt des Versicherungsfalls stünde (BVerfG a.a.O. S. 21 f). Unter diesem Blickwinkel ist eine den Sinn und Zweck der Regelung in den Vordergrund stellende einschränkende Auslegung von [§ 47 Abs. 4 Satz 2 SGB V](#) nicht nur verfassungsrechtlich erlaubt, sondern sogar geboten.

Zusätzlich ist in Betracht zu ziehen, dass Krankenversicherungsbeiträge nur zu einem geringen Teil für Krankengeldzahlungen verwandt werden (in den letzten Jahren etwa 6%: vgl. die Angaben der Gesetzlichen Krankenkassen unter <http://www.gkv.info/gkv/index.php?id=635>) und dass der Zusammenhang zwischen Arbeitsunfähigkeit und Verdiensteinbuße bei Selbstständigen weniger zwingend ist als bei abhängig Beschäftigten. Bei einem Mindest-Krankengeld und zu niedrig bemessenen Beiträgen würde die Solidargemeinschaft das Unternehmerrisiko partiell übernehmen (BVerfG, 22.05.2001 - [1 BvL 4/96](#) - [BVerfGE 103, 392, 399](#) = [SozR 3-2500 § 240 Nr. 39](#) S. 194 f).

II. Auch aus dem sozialrechtlichen Herstellungsanspruch kann der Kläger kein höheres Krankengeld verlangen. Zwar kann ein Versicherter in bestimmten Fällen trotz Fehlens der gesetzlichen Voraussetzungen im Wege des sog. sozialrechtlichen Herstellungsanspruches verlangen, so gestellt zu werden, als habe er einen tatsächlich unterbliebenen Antrag gestellt bzw. eine andere notwendige Verfahrenshandlung vorgenommen. Voraussetzung ist aber, dass es sich um Gestaltungen handelt, die gesetzlich zulässig sind (vgl. BSG, 29.9.1987 - [7 RA 23/86](#) - [SozR 4100 § 125 Nr. 3](#) m.w.N.); dies gilt insbesondere dann, wenn der Rechtsverlust darauf zurückzuführen ist, dass der Versicherungsträger eine sich aus dem Versicherungsverhältnis ergebende Nebenpflicht zur Auskunft, Beratung und verständnisvollen Förderung des Versicherten (vgl. [§ 15 SGB I](#)) verletzt hat. Die Verletzung solcher Betreuungspflichten führt zum Anspruch auf Herstellung des Zustandes, der bestehen würde, wenn sich der Versicherungsträger pflichtgemäß verhalten hätte (vgl. BSG, 29.9.1987, [a.a.O.](#)).

Ob die Beklagte Beratungspflichten im vorliegenden Fall tatsächlich verletzt hat, kann jedoch dahinstehen, denn hier hätte sich der Kläger bei der Beklagten auch bei optimaler Beratung nicht für ein höheres Krankengeld versichern können. Richtig trägt der Kläger selbst vor, er hätte dann entweder den Versicherungsvertrag ändern oder zu einer anderen Krankenversicherung wechseln können. Beides hätte nicht zu einem höheren Krankengeldanspruch geführt.

B. Im Übrigen ist die Klage begründet. Die Bescheide vom 23. und 29. September 2005, welche die Bescheide vom 27. April 2005 und 6. Mai 2005 abgeänderten, waren wegen der fehlerhaften Anwendung des [§ 45](#) Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X) rechtswidrig und aufzuheben. Gemäß [§ 54 Abs. 2 Satz 2](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) ist ein Verwaltungsakt auch rechtswidrig, soweit die Behörde ermächtigt ist, nach ihrem Ermessen zu handeln, wenn von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht ist. Dies war hinsichtlich der vorgenannten Bescheide der Fall. Insoweit waren das Urteil des Sozialgerichts Magdeburg und der Widerspruchsbescheid vom 7. November 2005 abzuändern. Der Kläger hat damit auch nach dem 31. August 2005 bis zum Ende seiner Arbeitsunfähigkeit Anspruch auf Zahlung von Krankengeld in Höhe eines Bruttobetragtes von 10,28 EUR (vgl. die Bescheide vom 27. April 2005 und 6. Mai 2005).

Nach [§ 45 Abs. 1 SGB X](#) kann ein begünstigender Verwaltungsakt, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, unter den Einschränkungen der Absätze 2 - 4 ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft oder für die Vergangenheit zurückgenommen werden kann, wenn er rechtswidrig ist (dazu 1.). Dies steht jedoch im Ermessen der Beklagten (dazu 2.), soweit kein Fall einer Ermessensreduzierung auf Null vorliegt (siehe unter 3.).

1. Die Verwaltungsakte vom 27. April 2005 und 6. Mai 2005 sind rechtswidrig und begünstigend. Der Kläger hätte keinen Anspruch auf Krankengeld gehabt (siehe unter A.).

2. Die Rücknahme nach [§ 45 SGB X](#) steht grundsätzlich im Ermessen der Verwaltung. Die Beklagte hat in den Rücknahmebescheiden und dem Widerspruchsbescheid keine Ermessenserwägungen angeführt.

Es genügt nicht, dass die Beklagte von einer Rückforderung des in der Vergangenheit gezahlten Betrages abgesehen hat. Dies betrifft nur das Ergebnis einer (nicht erkennbaren) Ermessensausübung. Sofern eine Ermessensentscheidung vorgesehen ist und der angefochtene Bescheid keine Ausführungen dazu enthält und das Ermessen auch nicht nachgeholt wird, ist der Verwaltungsakt aufzuheben (Ulmer in Hennig, SGG-Kommentar, § 54 RdNr. 31); in solchen Fällen liegt ein (nicht heilbarer) materieller Begründungsmangel (Ermessensdefizit) vor (LSG Thüringen, 3.11.2005 - [L 3 AL 108/04](#) - JURIS). Eine erkennbare schriftliche Begründung dient nicht nur zur Kontrolle durch den Betroffenen und die Gerichte, sondern soll auch der Behörde eine Selbstkontrolle ermöglichen.

Selbst wenn man in dem Schriftsatz der Beklagten vom 7. Mai 2009 die Nachholung von Ermessenserwägungen sieht oder entsprechend der Behauptung der Beklagten unterstellt, man habe unter Ausübung von Ermessen auf eine Rückforderung verzichtet, bleibt die Aufhebung rechtswidrig. Denn soweit die Ermessensentscheidung auf unrichtigen Erwägungen beruht und diese wesentlich sein sollen, liegt ein

Ermessensfehler vor ("Ermessensüberschreitung"; vgl. BSG, 3.9.1987 - [6 RKa 30/86](#) - SozR 2200 § 368m Nr. 3; dazu Ulmer, a.a.O. RdNr. 28). Eine Aufhebung für die Vergangenheit stand nicht im Ermessen der Beklagten (, die sie im Übrigen tatsächlich vorgenommen hat). Eine Aufhebung des Bewilligungsbescheides war mit Wirkung für die Vergangenheit gemäß [§ 45 Abs. 4 Satz 1 SGB X](#) "nur in den Fällen von Absatz 2 Satz 3 und Absatz 3 Satz 2" zulässig. Die Beklagte hat jedoch nie behauptet, dass diese Fälle vorlägen. Insbesondere konnte der Kläger angesichts der bisherigen Praxis der Beklagten auch nicht davon ausgehen, dass ihm kein Krankengeld entsprechend den gezahlten Beiträgen zustand; er konnte die Rechtswidrigkeit des zu hohen Zahlbetrages nicht erkennen. Insbesondere hat er die Rechtswidrigkeit des Bewilligungsbescheides nicht grob fahrlässig nicht erkannt.

3. Nach der Rechtsprechung des BSG ist bei einer Aufhebung nach [§ 45 SGB X](#) ein Ermessen nicht zu betätigen, wenn der Begünstigte ermessensrelevante Tatsachen nicht vorgetragen hat oder ermessensrelevante Umstände nicht aktenkundig geworden sind (BSG, 6.9.1989 - [9/9a RVs 17/87](#) - [SozR 1300 § 45 Nr. 46](#); BSG, 26.09.1990 - [9b/7 RAr 30/89](#) - [SozR 3-4100 § 155 Nr. 2](#)). Ob tatsächlich Ermessen ausgeübt werden kann, ist im Wesentlichen das Ergebnis der Würdigung aller Umstände des Einzelfalles. Verbleiben im Anschluss an die durch [§ 45 Abs. 2 Satz 1 SGB X](#) gebotene Abwägung des öffentlichen Interesses an einer Rücknahme mit dem Interesse des Begünstigten am Bestand des Verwaltungsaktes keine Gesichtspunkte, die für das Ermessen Bedeutung haben könnten, so ist es auf Null reduziert (BSG, 23.6.1993 - [9/9 a Rvs 1/92](#) - JURIS). Vorliegend hätte die Beklagte berücksichtigen können, dass der Kläger sich laufend vergeblich mit einem Anspruch auf Krankengeld versicherte; ein solcher Anspruch stand ihm nicht zu. Hierauf hatte sich der Kläger auch berufen (vgl. sein Schreiben vom 18. Mai 2005: "Sie haben mir keine Änderung des bestehenden Vertrages angeboten und daher gilt für mich der vorhandene Vertrag.") Weiter hätte die Beklagte die Gutgläubigkeit des Klägers, die verwirrende und für den Kläger überraschende Rechtslage und seine aktenkundig geringen Einnahmen berücksichtigen können.

C. Die Kostenentscheidung folgt aus [§ 193 SGG](#); Gründe für die Zulassung der Revision liegen nicht vor, da das BSG in den zitierten Entscheidungen die Rechtslage bereits umfassend geklärt hat und sich der Senat dieser Rechtsprechung anschließt.

Rechtsmittelbelehrung und Erläuterungen zur Prozesskostenhilfe I. Rechtsmittelbelehrung Gegen dieses Urteil steht den Beteiligten die Revision nur zu, wenn sie nachträglich vom Bundessozialgericht zugelassen wird. Zu diesem Zweck kann die Nichtzulassung der Revision durch das Landessozialgericht mit der Beschwerde angefochten werden.

Die Beschwerde ist von einem bei dem Bundessozialgericht zugelassenen Prozessbevollmächtigten innerhalb eines Monats nach Zustellung des Urteils schriftlich beim Bundessozialgericht Kassel, Graf-Bernadotte-Platz 5, 34119 Kassel, einzulegen. Die Beschwerdeschrift muss bis zum Ablauf der Monatsfrist beim Bundessozialgericht eingegangen sein.

Als Prozessbevollmächtigte sind nur zugelassen: a) Rechtsanwälte b) Rechtslehrer an einer deutschen Hochschule mit Befähigung zum Richteramt c) zur Vertretung ihrer Mitglieder und bei einem Handeln durch Personen mit Befähigung zum Richteramt oder durch Diplomjuristen - selbständige Vereinigungen von Arbeitnehmern mit sozial- oder berufspolitischer Zwecksetzung - berufsständische Vereinigungen der Landwirtschaft - Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände oder andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung - Vereinigungen, deren satzungsgemäße Aufgaben die gemeinschaftliche Interessenvertretung, die Beratung und Vertretung der Leistungsempfänger nach dem sozialen Entschädigungsrecht oder der behinderten Menschen wesentlich umfassen und die unter Berücksichtigung von Art und Umfang ihrer Tätigkeit sowie ihres Mitgliederkreises die Gewähr für eine sachkundige Prozessvertretung bieten d) juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der zu c) genannten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt. Dazu ist ein Handeln durch Personen mit Befähigung zum Richteramt oder Diplomjuristen und die Haftung der Organisation für die Tätigkeit der Prozessbevollmächtigten Voraussetzung.

Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse sowie private Pflegeversicherungsunternehmen können sich durch eigene Beschäftigte oder solche anderer Behörden oder juristischer Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse vertreten lassen. Diese Beschäftigten müssen die Befähigung zum Richteramt haben oder Diplomburist sein.

Die Beschwerde ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung des Urteils von einem zugelassenen Prozessbevollmächtigten schriftlich zu begründen.

In der Begründung muss die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache dargelegt oder die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, des Bundessozialgerichts oder des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes, von der das Urteil abweicht, oder ein Verfahrensmangel, auf dem die angefochtene Entscheidung beruhen kann, bezeichnet werden. Als Verfahrensmangel kann eine Verletzung der [§§ 109](#) und [128 Abs. 1 Satz 1](#) des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) nicht und eine Verletzung des [§ 103 SGG](#) nur gerügt werden, soweit das Landessozialgericht einem Beweisantrag ohne hinreichende Begründung nicht gefolgt ist. II. Erläuterungen zur Prozesskostenhilfe Für die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision kann ein Beteiligter, der nicht schon durch einen Bevollmächtigten der unter I. c) und I. d) genannten Vereinigungen, Gewerkschaften oder juristischen Personen vertreten ist, Prozesskostenhilfe zum Zwecke der Beordnung eines Rechtsanwalts beantragen.

Der Antrag kann von dem Beteiligten persönlich gestellt werden; er ist beim Bundessozialgericht entweder schriftlich einzureichen oder mündlich vor dessen Geschäftsstelle zu Protokoll zu erklären.

Dem Antrag sind eine Erklärung des Beteiligten über seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse (Familienverhältnisse, Beruf, Vermögen, Einkommen und Lasten) sowie entsprechende Belege beizufügen; hierzu ist der für die Abgabe der Erklärung vorgeschriebene Vordruck zu benutzen. Der Vordruck kann von allen Gerichten und ggf. durch den Schreibwarenhandel bezogen werden.

Der Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe und die Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse - ggf. nebst entsprechenden Belegen - müssen bis zum Ablauf der Frist für die Einlegung der Beschwerde (ein Monat nach Zustellung des Urteils) beim Bundessozialgericht eingegangen sein.

Mit dem Antrag auf Prozesskostenhilfe kann ein zur Vertretung bereiter Rechtsanwalt benannt werden.

Ist dem Beteiligten Prozesskostenhilfe bewilligt worden und macht er von seinem Recht, einen Rechtsanwalt zu wählen, keinen Gebrauch, wird auf seinen Antrag der beizuordnende Rechtsanwalt vom Bundessozialgericht ausgewählt.

Der Beschwerdeschrift und allen folgenden Schriftsätzen sollen Abschriften für die übrigen Beteiligten beigefügt werden. Das Bundessozialgericht bittet darüber hinaus um je zwei weitere Abschriften.

gez. Quecke gez. Dr. Waßer gez. Dr. Ulmer

Rechtskraft

Aus

Login

SAN

Saved

2012-10-02