L 4 KR 5244/10

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
4
1. Instanz
SG Heilbronn (BWB)
Aktenzeichen
S 10 KR 2633/08
Datum
21.09.2010
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 4 KR 5244/10
Datum
14.08.2013
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Urteil
Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Heilbronn vom 21. September 2010 wird zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten auch des Berufungsverfahrens sind nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Die Klägerin begehrt als Witwe und Sonderrechtsnachfolgerin des am 1955 geborenen und am 2009 verstorbenen H. S. (im Folgenden S.) die Gewährung von Krankengeld (Krg) vom 23. Januar bis 31. Mai 2008.

S. war ab 1986 bis zur wegen Krankheit erfolgten Betriebsaufgabe am 30. November 2007 Fahrlehrer mit eigener Fahrschule. Zum Zeitpunkt der Geschäftsaufgabe beschäftigte er den am 24. April 1978 geborenen O. K. (im Folgenden K.) als Fahrlehrer in Vollzeit und zwei weitere Fahrlehrer in Teilzeit. Er gab in der Gewerbeabmeldung vom 16. Januar 2008 weiter an, dass der Gewerbebetrieb künftig von der Academy Fahrschule S. Limited (im Folgenden Limited) betrieben werde.

Am 22. Oktober 2007 gründete K. die Limited mit einem Stammkapital von £ 100,00, das K. vollständig übernahm. Zu Geschäftsführern ernannt wurden K. und S. (Urkunden über die Gründung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung und Bestimmungen zur Gesellschaftsgründung, jeweils vom 22. Oktober 2007). Die Limited wurde nach den Angaben von K. und S. am 8. Januar 2008 in das Handelsregister eingetragen.

Am 6. November 2007 schloss S. mit der Limited einen unbefristeten Anstellungsvertrag, wonach er ab 1. Dezember 2007 mit einer monatlichen Arbeitszeit von 180 Stunden à 45 Minuten bei sechs Arbeitstagen pro Woche für eine monatliche Bruttovergütung von EUR 2.900,00 als angestellter Fahrlehrer beschäftigt werde. Nach § 3 des Vertrags umfasste die tägliche Arbeitszeit Zeiten der praktischen und theoretischen Fahrschülerausbildung. An zwei Tagen pro Woche hatte S., wenn vom Arbeitgeber nichts anderes festgelegt, den zu den festgesetzten Zeiten stattfindenden theoretischen Unterricht abzuhalten. Konnte die monatliche Arbeitszeit nicht mit Ausbildungstätigkeiten ausgefüllt werden, hatte S. andere, ihm nach seinen Kenntnissen und Fähigkeiten mögliche und zumutbare Tätigkeiten im Rahmen der Fahrschule zu erbringen. Im Falle der Krankheit wurde Lohnfortzahlung für die Dauer von sechs Wochen vereinbart (§ 9 des Anstellungsvertrags). Nach den - vorgelegten - Tagesnachweisen nach § 18 Abs. 2 Fahrlehrergesetz (FahrlG) erteilte S. am 6. und 27. November 2007 und am 6. , 10. und 11. Dezember 2007 jeweils zwischen 19:00 und 20:30 Uhr theoretischen Fahrschulunterricht, am 10., 17., 26. und 30. November 2007 und am 10. und 12. Dezember 2007 eine praktische Ausbildung. Nach der - im Klageverfahren - vorgelegten Bestätigung des Rüdiger St. ohne Datum absolvierte S. mit ihm am 14. Dezember 2007 eine ca. vierstündige Einweisung mit anschließender Schulungsfahrt auf einem Schulungsfahrzeug. Außerdem verrichtete S. nach seinen Angaben in der Zeit vom 4. November bis zum 12. Dezember 2007 erhebliche administrative Arbeiten im Zusammenhang mit der Übergabe der Fahrschule. Am 12. Dezember 2007 meldete die Limited S. ab 1. Dezember 2007 als abhängig Beschäftigten zur Sozialversicherung an. S. wählte die Beklagte als gesetzliche Krankenkasse und diese stellte unter dem 1. Februar 2008 für die Limited eine Mitgliedsbescheinigung nach § 175 Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V) aus, wonach S. seit dem 1. Dezember 2008 ihr Mitglied sei. Im Fragebogen zur Beschäftigung eines Geschäftsführers einer Limited gaben S. und K. unter dem 17. März 2008 an, dass sich die regelmäßige tarifliche und auch tatsächliche wöchentliche Arbeitszeit des S. auf 34 Stunden belaufe. S. unterliege sowohl hinsichtlich Zeit, Ort und Art der Beschäftigung einem Weisungsrecht, das von K. ausgeübt werde. Seinen Urlaub müsse er sich genehmigen lassen, seine Abberufung/Kündigung sei zu jeder Zeit möglich, es sei die gesetzliche Kündigungsfrist vereinbart worden. Sein Gehalt belaufe sich auf EUR 2.900,00, im Falle der Arbeitsunfähigkeit werde das Gehalt nach den gesetzlichen Regelungen für sechs Wochen weitergewährt. Die Verbuchung der Vergütung erfolge als Lohn/Gehalt. Am Gewinn sei S. nicht beteiligt und er erhalte auch keine erfolgsabhängigen Bezüge. Gesellschafter der Limited sei

allein K., der die Gesellschaft auch nach außen vertrete. S. sei vom Selbstkontrahierungsverbot nach § 181 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) nicht befreit, habe der Gesellschaft keine Darlehen gewährt und für sie keine Bürgschaften übernommen. Gesellschafterbeschlüsse könne er weder herbeiführen noch verhindern. Nach dem darüber hinaus im Klageverfahren vorgelegten Feststellungsbogen ohne Datum und ohne Unterschrift war abweichend hiervon bei einer Beschäftigungsdauer von unter zwei Jahren eine Kündigungsfrist innerhalb von vier Wochen zum 15. oder zum Ende eines Monats vereinbart. Nach den im Klageverfahren vorgelegten Abrechnungen erhielt S. für den Monat Dezember 2007 ein Bruttogehalt in Höhe von EUR 2.900,00 und für den Monat Januar 2008 aufgrund der Unterbrechung ab 23. Januar 2008 in Höhe von EUR 2.126,67.

S. war bei der Beklagten bis 30. November 2007 freiwillig versichert, seit 1. Januar 2005 ohne Anspruch auf Krg. Ab 1. Oktober 2008 war S. bei der Techniker Krankenkasse (TKK) versichert.

Bereits im Dezember 2005 war bei S. ein Colonkarzinom diagnostiziert worden, worauf noch im Dezember 2005 eine Transversumresektion mit Ascendo-Descendostomie durchgeführt wurde. Perioperativ wurde in der Magnetresonanztomographie (MRT) des Abdomens ein unklarer Leberherd befundet. Die S. nach der Operation ab Januar 2006 verabreichte Chemotherapie musste im April 2006 wegen Unverträglichkeit abgebrochen werden. Im Rahmen einer Verlaufskontrolle wurde im Juni 2006 ein Progress der Erkrankung mit hepatischer Metastatisierung festgestellt. Mit S. und der Klägerin wurden am 21. Juli 2006 in der Klinik für Tumorbiologie in Freiburg die bisher durchgeführten Therapien und die möglichen therapeutischen Optionen besprochen. Vereinbart wurde eine stationäre Aufnahme zur Klärung einer Operabilität der hepatischen Filiae, einer lokalen Therapie (LITT) oder der Einleitung einer Chemotherapie. Außerdem sollte über die Möglichkeit einer Behandlung im Rahmen der Phase-I-/-II-Studie besprochen werden. Bei stationären Aufenthalten vom 22. bis 30. August und 4. bis 8. September 2006 in der Klinik für Tumorbiologie wurden in der Leber multiple Metastasen in beiden Lappen diagnostiziert. Unter schmerzmedikamentöser Einstellung (u.a. Novalgin, Tramal-Tropfen) sowie supportiver Massagebehandlung zeigte sich die Symptomatik im Verlauf rückläufig, die im September 2006 aufgenommene antiangiogene Therapie vertrug S. gut (Arztbriefe von Prof. Dr. U., Ärztlicher Direktor der Klinik für Tumorbiologie, F. vom 2. und 30. August sowie 11. September 2006). Bei Untersuchungen zwischen Oktober 2006 und Juni 2007 zeigte sich ein klinisch, laborchemisch und bildgebend stabiler Befund, teilweise mit Tendenz zum Regress, die Therapie wurde in unveränderter Dosierung fortgesetzt. Die Tramadoltherapie konnte bei rückläufiger Schmerzsymptomatik ab November 2006 abgesetzt werden (Arztbriefe des Dr. M. bzw. Prof. Dr. U. vom 11. Oktober, 2. November, 7. Dezember 2006, 5. Januar, 19. März, 10. Mai und 29. Juni 2007). Ab Juli 2007 verschlechterte sich der Allgemeinzustand des S. Anlässlich seiner Vorstellungen in der Klinik für Tumorbiologie am 20. Juli und 17. August 2007 wurde u.a. eine Müdigkeit, Inappetenz, Gewichtsverlust und ein unklarer Hb-Abfall festgestellt, S. klagte außerdem über intermittierende Diarrhoen. Die im MRT-Abdomen vom 17. August 2007 vermessenen Tumorläsionen ergaben insgesamt einen stabilen Befund, die Referenzläsion im Segment 5 der Leber war deutlich größenprogredient, laborchemisch fiel ein erneuter Anstieg des carcinoembryonalen Antigens (CEA) auf 24,3 ng/ml auf (Arztbrief des Prof. Dr. U. vom 20. August 2007). Während des stationären Aufenthalts des S. in der Klinik für Tumorbiologie vom 27. bis 31. August 2007 wurde ein Tumorrezidiv im Anastomosenbereich diagnostiziert, die Lebermetastasen und peritonealen Lymphknotenmetastasen hatten zugenommen, neu aufgetreten waren Milzmetastatsen. S. wollte sich - nach dem Arztbrief des Prof. Dr. U. vom 31. August 2007 - am 4. September 2007 in der Chirurgischen Ambulanz der Universitätsklinik Freiburg vorstellen. Vom 18. bis 22. September 2007 befand sich S. erneut stationär in der Klinik für Tumorbiologie. Nachdem auf der Grundlage der konsiliarischen Vorstellung des S. in der allgemeinchirurgischen Abteilung der Universitätsklinik Freiburg aktuell auf eine chirurgische Intervention verzichtet wurde, wurde bei diesem Aufenthalt eine erneute Chemotherapie nach dem FOLFIRI-Protokoll eingeleitet. Nach dem hierüber gefertigten Arztbrief des Prof. Dr. U. vom 22. September 2007 beklagte S. weiterhin eine ausgeprägte Müdigkeit mit eingeschränkter körperlicher Belastbarkeit, Schwindel und Tachykardien unter körperlicher Belastung auf niedriger Belastungsstufe und abdominelle Schmerzen mit Ausstrahlung in den Rücken. In der Entlassmedikation ist neben Novalgin als Schmerzmittel Tramalsol und Haldol sowie Tavor aufgeführt. Vom 4. bis 7. Oktober 2007 erfolgte die zweite Gabe des ersten FOLFIRI-Zyklus. Während dieses Aufenthalts in der Klinik für Tumorbiologie beklagte S. weiter eine allgemeine körperliche Schwäche, rasche Ermüdbarkeit und bei Belastung rasche thorakale Schmerzen, die seit Mai 2007 unter Novalgin besser seien. Tramal habe er wegen Übelkeit schlecht vertragen. Wegen einer leichten Tumoranämie wurden zwei Erythrozytenkonzentrate (EK) verabreicht (Arztbrief des Prof. Dr. U. vom 7. Oktober 2007). Zwischen dem 18. und 21. Oktober 2007 wurde der zweite Zyklus FOLFIRI begonnen. Wiederum wurden wegen einer leichten Tumoranämie zwei EK substituiert, die Chemotherapie wurde von S. ordentlich vertragen, unter viermal täglich Novalgintropfen schien die Schmerzeinstellung derzeit recht suffizient (Arztbrief des Prof. Dr. U. vom 21. Oktober 2007). Bei der Fortführung der Chemotherapie zwischen dem 31. Oktober und 3. November 2007 beklagte S. seit der letzten Entlassung aufgetretene wässrige Durchfälle. Es wurden wie beim letzten Aufenthalt zwei EK substituiert, unter viermal täglich Novalgintropfen schien die Schmerzeinstellung weiterhin suffizient, bei Bedarf könne Palladon verabreicht werden (Arztbrief des Prof. Dr. U. vom 3. November 2007). Bei der zwischen dem 13. und 22. November 2007 in der Klinik für Tumorbiologie durchgeführten Verlaufskontrolle und gegebenenfalls Fortführung der antitumoralen Chemotherapie befand sich S. in einem reduzierten Allgemeinzustand mit abdomineller Schmerzsymptomatik bei deutlicher Hyperperistaltik mit Diarrhöen und ausgeprägtem Meteorismus. Es erfolgte die Gabe von zwei EK. Ein CT-Abdomen erbrachte den Nachweis einer Progredienz der Tumorerkrankung. Die Koloskopie zeigte neben der bereits bekannten Stenosierung einen hochgradigen Verdacht auf Tumorperforation/Tumordurchwanderung. Nach erfolgter chirurgischer Vorstellung und Kolonkontrasteinlauf war für den 22. November 2007 eine erneute CCCF-Besprechung vorgesehen. Über das Ergebnis/Procedere und die erneute Einweisung werde S. telefonisch informiert. Die Entlassung am 22. November 2007 erfolgte auf eigenen Wunsch des S. Die aktuelle Schmerzeinstellung erfolgte über Palladon zweimal täglich und weiterhin viermal täglich Novalgin (Arztbrief des Prof. Dr. U. vom 22. November 2007). Am 14. Dezember 2007 wurde S. in der Chirurgischen Universitätsklinik Freiburg aufgenommen, wo am 17. Dezember 2007 eine partielle Gastrektomie, eine Rekonstruktion mit Roux-Y-Anastomose, eine partielle Dickdarmresektion, eine Segmentresektion des Jejunums, eine Adhäsiolyse und eine Biopsieentnahme und am 23. Dezember 2007 eine Adhäsiolyse, Lavage und Kolonübernähung durchgeführt wurde. Die Indikation zur erneuten Tumorresektion sei nach Besprechung des Falls in dem Interdisziplinären Tumorkolloquium vom 6. September 2007 gestellt worden (Arztbrief des Prof. Dr. Ho., Ärztlicher Direktor der Chirurgischen Universitätsklinik, vom 11. Januar 2008). Nach der Entlassung am 12. Januar 2008 absolvierte S. vom 28. Januar bis 15. Februar 2008 eine Anschlussheilbehandlung und wurde anschließend bis zu seinem Tod bei Dr. R. onkologisch weiterbehandelt.

Am 12. Dezember 2007 bescheinigte der Hausarzt des S., Arzt für Allgemeinmedizin Dr. Ha., mit der Erstbescheinigung Arbeitsunfähigkeit ab dem 12. Dezember 2007. Als voraussichtliches Ende gab er den 17. Dezember 2007 an (Diagnose C18.9 G = Bösartige Neubildung des Kolons, nicht näher bezeichnet, D64.9 G = Anämie, nicht näher bezeichnet; jeweils gesicherte Diagnose). Am 14. Januar 2008 bescheinigte er mit der weiteren Erstbescheinigung Arbeitsunfähigkeit bis 25. Januar 2008 (Diagnose F32.9 G = Depressive Episode, nicht näher bezeichnet, gesicherte Diagnose), mit der Folgebescheinigung vom 25. Januar 2008 bis 8. Februar 2008 und mit der Folgebescheinigung

vom 21. Februar 2008 bis 20. März 2008 (Diagnosen C78.7 G = Sekundäre bösartige Neubildung der Leber und der intrahepatischen Gallengänge, gesicherte Diagnose, C18.9 Z = s.o., [symptomloser] Zustand nach der betreffenden Diagnose, C 18.9 G, D 72.8 G = Sonstige näher bezeichnete Krankheiten der Leukozyten). Dr. R. bescheinigte Arbeitsunfähigkeit mit der Erstbescheinigung vom 27. März 2008 vom 25. März bis 24. April 2008 (Diagnose C 18.9 G) und mit Folgebescheinigung vom 15. April 2008 wiederum unter Nennung der Diagnose C 18.9 G bis 31. Mai 2008.

Ausweislich einer Aktennotiz vom 8. Februar 2008 bestätigte Dr. Ha. der Beklagten telefonisch und unter dem 14. Februar 2008 schriftlich, dass S. zwischen dem 22. November und 11. Dezember 2007 aufgrund seines schlechten Allgemeinzustandes mit Metastasierung arbeitsunfähig gewesen sei. Unter dem 15. April 2008 gab er an, dass bei S. zwischen den am 27. August 2007 begonnenen und 3. November 2007 beendeten stationären Aufenthalten während der gesamten Zeit auch zwischen den stationären Aufenthalten Arbeitsunfähigkeit vorgelegen habe. Nach dem von der Beklagten eingeholten Befundbericht von Dr. R. vom 23. April 2008 sei S. zur Zeit arbeitsunfähig, der Zeitpunkt des Wiedereintritts der Arbeitsunfähigkeit sei noch nicht absehbar. Unter dem 3. Juni 2008 wiederholte Dr. R. diese Angaben.

Im Wege der Anhörung (Schreiben vom 18. April 2008) teilte die Beklagte S. mit, dass nach den vorgelegten Unterlagen grundsätzlich ab dem Zeitpunkt der Arbeitsaufnahme Versicherungspflicht als Arbeitnehmer vorgelegen habe. Zum Zeitpunkt des Abschlusses des Arbeitsvertrags am 6. November 2007 sei er, S., jedoch bereits arbeitsunfähig gewesen. Die Arbeitsunfähigkeit habe am 27. August 2007 begonnen und bestehe seither fort. Eine tatsächliche Aufnahme der Tätigkeit am 1. Dezember 2007 habe deshalb nicht erfolgen können. Eine Mitgliedschaft als Arbeitnehmer gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V sei somit nicht zustande gekommen. Dies habe zur Folge, dass für die Arbeitsunfähigkeit kein Anspruch auf Krg bestehe.

S. trat dem entgegen. Seine Arbeitsunfähigkeit habe nur bis einschließlich 3. November 2007 gedauert. Dies sei das Ende der - leider erfolglosen - Chemotherapie gewesen. Festgestellt worden sei die Erfolglosigkeit aber erst nach dem 12. Dezember 2007. In der Zeit vom 4. November bis 12. Dezember 2007 habe er wie den - beigefügten - Tagesnachweisen zu entnehmen sei, gearbeitet. Darüber hinaus seien in dieser Zeit erhebliche administrative Arbeiten vor und nach der Übergabe der Fahrschule angefallen.

Mit Bescheid vom 28. Mai 2008 lehnte die Beklagte den Anspruch auf Krg ab, weil eine Mitgliedschaft des S. aufgrund einer Versicherungspflicht als Arbeitnehmer nicht bestehe.

Hiergegen erhob S. Widerspruch. Er sei seit 1984 Mitglied der Beklagten, es handele sich nur um eine Statusänderung. Wie den Tätigkeitsnachweisen zu entnehmen sei, habe er tatsächlich seine Arbeit aufgenommen. Aus der stationären Behandlung sei er am 17. November 2007 gegen 11.00 Uhr entlassen worden und habe nach Rückkehr noch Fahrstunden erteilt. Nach seiner ersten Operation wegen Darmkrebses habe er seine Tätigkeit nach zwei Monaten wieder aufgenommen. Am 6. November 2007 habe er nicht gewusst, dass er seine Tätigkeit nicht werde aufnehmen können. Die Diagnose und Operationsempfehlung sei erst nach dem 12. Dezember 2007 erfolgt. Die Operation sei auch nicht wegen des Darmkrebses, sondern wegen der Beseitigung einer Verbindung zwischen Dick- und Dünndarm empfohlen worden. Erst während der Operation am 23. Dezember 2007 sei der neuerliche Befall mit Darmkrebs festgestellt worden. Auf den Untersuchungsbildern habe vorher leider nichts festgestellt werden können. Auch Gewebeentnahmen hätten keine negativen Ergebnisse ergeben.

Auf Nachfrage bestätigte die Klinik für Tumorbiologie der Beklagten telefonisch, dass bei ihr keine Meldung über ein Verlassen des S. am 17. November 2007 während seines stationären Aufenthalts vom 13. bis 22. November 2007 vorliege, die Entlassung für einzelne Tage komme nur sehr selten vor (Aktennotiz vom 9. Juli 2008).

Mit Widerspruchsbescheid vom 21. Juli 2008 wies der bei der Beklagten gebildete Widerspruchsausschuss den Widerspruch zurück. Dr. Ha. habe seit August 2007 eine durchgehende Arbeitsunfähigkeit bestätigt. Bis 3. November 2007 habe sich S. in stationärer Behandlung befunden und sei arbeitsunfähig entlassen worden. Am 6. November 2006 (richtig 2007) habe S. einen Arbeitsvertrag für eine Tätigkeit ab 1. Dezember 2007 unterzeichnet. Bei der Art der Erkrankung erscheine es sehr unwahrscheinlich, dass am Tag nach der Entlassung aus dem Krankenhaus Arbeitsfähigkeit eingetreten sei und erst mit der erneuten Krankenhausbehandlung am 13. November 2007 wieder Arbeitsunfähigkeit vorgelegen habe. Auch die Entlassung aus dem stationären Aufenthalt, den die Klinik durchgehend abgerechnet habe, am 22. November 2007 sei als arbeitsunfähig erfolgt. Im Übrigen habe S. seine selbstständige Tätigkeit als Fahrlehrer aus gesundheitlichen Gründen zum 30. November 2007 aufgegeben. Die gleiche Tätigkeit als angestellter Fahrlehrer habe laut Arbeitsvertrag am 1. Dezember 2007 wieder aufgenommen werden sollen. Er, der Widerspruchsausschuss, sei der Überzeugung, dass das angebliche Beschäftigungsverhältnis nur konstruiert worden sei, um eine finanzielle Absicherung durch Herbeiführung einer Mitgliedschaft mit Anspruch auf Krg zu erhalten. Die vorgelegten Tätigkeitsnachweise über die Fahrlehrertätigkeit erschienen auch unglaubwürdig. Die Tätigkeit am 17. November 2007 habe aufgrund einer stationären Behandlung nicht ausgeübt werden können. Im Zeitraum vom 1. bis 11. Dezember 2007 habe S. lediglich sechs Stunden als Fahrlehrer gearbeitet. Vorausgesetzt die Tätigkeit sei in diesem Zeitraum auch tatsächlich wie ausgewiesen ausgeübt worden, entspreche dies nicht der im Arbeitsvertrag vereinbarten Arbeitszeit von 180 Stunden monatlich à 45 Minuten. Ein entgeltliches Beschäftigungsverhältnis sei nicht zustande gekommen, sodass keine Sozialversicherungspflicht und keine Mitgliedschaft als versicherungspflichtig Beschäftigter eingetreten sei. Somit fehle es an einer Anspruchsvoraussetzung für Krg.

Hiergegen erhob S. am 18. August 2008 Klage zum Sozialgericht Heilbronn (SG). Die Klage führten die Klägerin und die gemeinsame Tochter des S. und der Klägerin als Rechtsnachfolgerinnen fort. Bereits S. hatte Krg aufgrund der am 12. Dezember 2007 beginnenden Arbeitsunfähigkeit bis zum Ende der Mitgliedschaft, längstens für 78 Wochen beantragt und vorgetragen, er habe als selbstständiger Fahrlehrer in der Regel monatlich 200 bis 220 Arbeitsstunden geleistet. Trotz seiner im Jahr 2005 diagnostizierten Erkrankung habe er die Fahrschule weiterhin in unverändertem zeitlichen Umfang betrieben. Im Jahr 2006 habe er K. als Aushilfe zu seiner Entlastung eingestellt. Als sich im Mai 2007 seine Blutwerte verschlechtert hätten, habe er beschlossen, die Fahrschule zu verkaufen und schrittweise in den Ruhestand zu gehen. Der Verkauf an K. sei naheliegend gewesen. Aufgrund seines Bekanntheitsgrades sei von vornherein klar gewesen, dass er nicht unvermittelt aufhören könne. Daher sei der Übergang so gestaltet worden, dass er als angestellter Fahrlehrer tätig sein solle und K. vorwiegend im Bereich der Organisation und im Behördenumgang unterstützen solle. Für ihn habe dies den Vorteil gehabt, dass sich seine Arbeitszeit schlagartig auf die vertraglich vereinbarten 180 Arbeitsstunden reduziert habe. Stufenweise seien weitere Reduzierungen geplant gewesen. Die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen von Dr. Ha. seien ohne Anforderung ausgestellt worden. Da er als Selbstständiger

ohne Krg-Anspruch versichert gewesen sei, habe er diese Atteste zu keinem Zeitpunkt benötigt. Dr. Ha. sei im Übrigen bekannt gewesen, dass er arbeite. Ab August 2007 habe er sich jeweils nur für drei bis vier Tage zur Durchführung der Chemotherapie, die er gut vertragen habe, in stationärer Behandlung befunden. Zu den Behandlungen sei er stets selbst gefahren. Zwischen den Behandlungen sei es ihm psychisch und physisch so gut gegangen, dass er weiterhin seine Fahrlehrertätigkeit ausgeübt habe. Der Tätigkeitsnachweis vom 17. November 2007 sei tatsächlich falsch, dies liege allein an einem Eingabefehler. Die Tätigkeitsnachweise, bei denen es sich um Urkunden handele, könnten von der Beklagten nicht pauschal als unglaubwürdig eingestuft werden. Am 1. Dezember 2007 habe er tatsächlich seine Arbeitstätigkeit als angestellter Fahrlehrer aufgenommen. Als er am 22. November 2007 aus der letzten Chemotherapie entlassen worden sei, sei er davon ausgegangen, dass keine weiteren stationären Aufenthalte notwendig sein würden. Zum Zeitpunkt der Entlassung sei ihm lediglich bekannt gewesen, dass sich zwischen seinem Dick- und Dünndarm eine Verwachsung gebildet habe. Die behandelnden Ärzte hätten ihm zunächst mitgeteilt, dass eine operative Entfernung nicht erforderlich sei. Etwas anderes habe er erst am 12. Dezember 2007 erfahren. Erst bei der Operation am 17. Dezember 2007 habe sich die Gefährlichkeit der Verwachsung herausgestellt. Unerheblich sei, ob er im arbeitsvertraglich vorgesehenen zeitlichen Umfang tätig gewesen sei oder lediglich in einem eingeschränkten zeitlichen Umfang (Verweis auf Bundessozialgericht [BSG], Urteil vom 4. Dezember 1997 - 12 RK 3/97 -, in juris). Ab Oktober 2007 habe er kein Morphium eingenommen. Ihm sei erstmals 2009 Morphium verabreicht worden, erst seit April 2009 habe er regelmäßig Morphium erhalten. Eine deutlichere Gewichtsabnahme sei erst nach der schweren Operation im Dezember 2007 erfolgt. An paradoxen Durchfällen habe er nur während der Chemotherapien, nicht aber danach gelitten. Zum Übertragungszeitpunkt habe K. nicht über alle für die Erteilung einer Fahrschulerlaubnis erforderlichen Anforderungen verfügt. In solchen Fällen sei es üblich, dass der bisherige Fahrschulinhaber als sogenannter "verantwortlicher Leiter" so lange fungiere, bis dem neuen Inhaber die Fahrschulerlaubnis erteilt werden könne. Ein verantwortlicher Leiter habe im Wesentlichen Überwachungsfunktionen nach § 16 FahrlG zu erfüllen. Auf Grund dieses Aufgabenbereichs sollte er nicht zur Alleinvertretung berechtigt sein. Dies habe K. als neuem Fahrschulinhaber vorbehalten bleiben sollen. Die Vertragsverhältnisse seien nicht konstruiert worden, um letztendlich seine Beitragsfreiheit zu erreichen. Sie seien Ausfluss der gesetzlichen Erforderlichkeit nach dem FahrlG. Die Pläne zur Übertragung der Fahrschule seien bereits ab Mai 2007 diskutiert worden und in Absprache mit Assessor jur. T. W. erfolgt. Ergänzend verwies S. auf die Mitgliedsbescheinigung der Beklagten vom 1. Februar 2008 und fügte eine Bestätigung des K. vom 21. Oktober 2008 bei, wonach er in der Zeit vom 1. bis 12. Dezember 2007 folgende Tätigkeiten in der Fahrschule ausgeführt habe: Abhalten von theoretischem Unterricht, Umstellen der Preislisten, Unterweisung von Herrn St. als Krankheitsvertretung, Konservierungsarbeiten an den Zweirädern für den Winter, verschiedene Tätigkeiten in den Büros und Lehrräumen durch die Übernahme der Fahrschule, und Bestätigungen von Fahrschülern, wonach sie im Dezember 2007 an den in den Tätigkeitsnachweisen genannten Tagen an von S. abgehaltenen Theoriestunden teilgenommen hätten und ihnen S. den in den Tätigkeitsnachweisen aufgeführten praktischen Unterricht erteilt habe.

Die Beklagte trat der Klage unter Verweis auf ihren Widerspruchsbescheid vom 21. Juli 2008 und Wiederholung ihres bisherigen Vorbringens entgegen. Vertiefend wies sie darauf hin, dass von einem Standardvorgehen bei der Feststellung von Arbeitsunfähigkeit, bei der die Richtlinien des Gemeinsamen Bundesauschusses über die Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit und die Maßnahmen zur stufenweisen Wiedereingliederung (Arbeitsunfähigkeits-Richtlinien) zu beachten seien, nicht gesprochen werden könne. Die Mitgliedsbescheinigung vom 1. Februar 2008 sei ohne weitere Prüfung der Versicherungspflicht erfolgt. Sie sei als Reaktion auf die Anmeldung am 31. Januar 2008 zugesandt worden. Nicht geklärt sei, wie die in der Bestätigung von K. vom 21. Oktober 2008 angegebenen Tätigkeiten und die im Anstellungsvertrag vereinbarte Arbeitszeit mit den nunmehr aufgeführten Überwachungsfunktion in Zusammenhang zu bringen seien. Außerdem sei nicht klar, warum S. bei nur stundenweiser Arbeitsleistung ein volles Gehalt bezogen habe. Der Argumentation, dass derjenige, der Überwachungsfunktion wahrnehme, nicht auch Alleinvertretungsrecht haben solle, könne nicht gefolgt werden. Die Beklagte teilte ergänzend mit, dass der von ihr eingeschaltete Medizinische Dienst der Krankenversicherung (MDK) zu der Auffassung gekommen sei, dass eine berufliche Tätigkeit des S. als Fahrlehrer ab Ende Oktober 2007 nicht mehr möglich gewesen sei und legte hierzu das sozialmedizinische Gutachten des Internisten Dr. We. vom 7. September 2009 vor, wonach seit September/Oktober 2007 aufgrund des Tumorrezidivs eine zunehmende Verschlechterung des Allgemeinzustands mit erheblicher anhaltender Blutarmut bestanden habe. S. habe über Schwindel und orthostatische Dysregulation geklagt, ein Ausgleich der Blutarmut habe durch die erfolgten Transfusionen nicht erreicht werden können. Außerdem seien zunehmend abdominelle Schmerzen aufgetreten, sodass die Gabe von Morphin ab Ende Oktober 2007 erforderlich gewesen sei. Ab November 2007 sei dann die regelmäßige Einnahme von Morphium erfolgt. Die Verkehrstüchtigkeit als Fahrlehrer habe ab diesem Zeitpunkt nicht mehr vorgelegen. Zu erwähnen sei noch, dass die Morphiummedikation keinen lindernden Einfluss auf die paradoxen Durchfälle bei der Tumorerkrankung ergebe (wobei die praktische Durchführung von regelmäßigen Fahrstunden bei den anhaltenden Diarrhöen nur sehr schwer vorstellbar sei).

K. teilte unter dem 15. März 2009 auf Nachfrage des SG mit, dass kein Statusfeststellungsverfahren durch die Rentenversicherung eingeleitet worden sei, und fügte den bereits angeführten weiteren Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung eines Geschäftsführers einer Limited den S. betreffend ohne Datum und ohne Unterschrift bei.

Das SG zog die Behandlungs- und Krankenhausentlassungsberichte der Klinik für Tumorbiologie, des Universitätsklinikums Freiburg und den Entlassbrief der Fachklinik S. über die Anschlussheilbehandlung bei und hörte Dr. Ha. als sachverständigen Zeugen. Dr. Ha. teilte in der Auskunft vom 31. Juli 2009 u.a. mit, dass im August 2007 ein Rezidiv im Anastomosenbereich festgestellt worden sei. Infolgedessen sei es zu einer Tumoranämie gekommen, weswegen mehrfach Bluttransfusionen erfolgt seien. Durch die Chemotherapien sei es zu einer Stabilisierung des Gesundheitszustands gekommen. Im November/Dezember 2007 habe S. häufiger über Beschwerden geklagt. Geistig sei er Anfang November 2007 voll leistungsfähig gewesen, seine körperliche Leistungsfähigkeit habe sich zwischen 50 und 75% bewegt. Er habe adjuvante biologische Behandlungsmaßnahmen, unter denen es zu einer Besserung des Allgemeinbefindens gekommen sei, durchgeführt. Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen habe er, Dr. Ha., vom 12. bis 17. Dezember 2007 und vom 14. Januar bis 20. März 2008 ausgestellt.

Die Deutsche Rentenversicherung Bund teilte mit, dass ein Rentenverfahren wegen fehlender versicherungsrechtlicher Voraussetzungen bei S. nicht einzuleiten gewesen sei.

Das SG hörte in der öffentlichen Sitzung vom 21. September 2010 die Klägerin und die Tochter des S. sowie K. als Zeugen zur Erkrankung des S; den Verkauf der Fahrschule und die von S. ausgeübten Tätigkeiten. Wegen des Inhalts der Anhörungen und der Zeugenaussage wird auf das Protokoll der Sitzung verwiesen.

Mit Urteil vom 21. September 2010 wies das SG die Klage ab. Die Klägerin und die Tochter des S. hätten als Erbinnen des S. keinen Anspruch auf Gewährung von Krg aufgrund einer Arbeitsunfähigkeit des S. S. sei ab 12. Dezember 2007 zwar unstreitig arbeitsunfähig gewesen. Zwischen S. und der Beklagten habe jedoch kein Versicherungsverhältnis mit Anspruch auf Krg bestanden. Die freiwillige Mitgliedschaft des S. bei der Beklagten habe zuletzt keinen Anspruch auf Krg beinhaltet. Daran, dass S. am 1. Dezember 2007 in ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis bei der Limited eingetreten sei, habe es, das SG, erhebliche Zweifel. Hier würden einige wesentliche Gesichtspunkte dafür sprechen, dass S. das Arbeitsverhältnis bei der Limited von vornherein mit der Absicht eingegangen sei, die Tätigkeit unter Berufung auf die ihm bekannte Arbeitsunfähigkeit alsbald wieder aufzugeben. Bei S. sei Ende 2005 Darmkrebs diagnostiziert worden. Dr. Ha. habe der Beklagten gegenüber mitgeteilt, dass S. zwischen dem 22. November und 11. Dezember 2007 auf jeden Fall arbeitsunfähig gewesen sei. Dr. We., MDK, habe nachvollziehbar ausgeführt, dass die Verkehrstüchtigkeit des S. als Fahrlehrer ab November 2007 durch die regelmäßige Einnahme von Morphium nicht gegeben gewesen sei. Zu beachten sei auch, dass S. nach dem Arztbrief (des Prof. Dr. U.) vom 22. November 2007 auf eigenen Wunsch in die ambulante Behandlung entlassen worden sei. Hieraus sei zu entnehmen, dass die stationäre Behandlung andernfalls fortgeführt worden sei. Die Aussage der Tochter des S., wonach S. in der zweiten Hälfte des Jahres 2007 noch fit gewesen sei, lasse sich vor dem Hintergrund der Angabe von Dr. Ha. über eine körperliche Leistungsfähigkeit von 50 bis 75% Anfang November 2007, der Arztberichte der Klinik für Tumorbiologie und der Beurteilung von Dr. We. schwer nachvollziehen. Auch die Angaben zum Gewicht des S. durch die Klägerin seien mit dem Arztbericht der Klinik für Tumorbiologie nicht vereinbar. Im Jahr 2007 sei der Ausfall von Arbeitseinkommen des S. für die Familie lediglich durch die Lebensversicherung abgesichert gewesen. Zu berücksichtigen seien außerdem noch die Einnahmen aus der Übergabe der Fahrschule an den Zeugen K. Die finanzielle Absicherung des Ausfalls des Arbeitseinkommens des S. sei als gering anzusehen. Durch die Begründung eines versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses hätte ein Anspruch auf Krg bestanden. Das vereinbarte monatliche Bruttogehalt von EUR 2.900,00 liege mit EUR 16,11 stündlich auch über dem von K. als üblich angegebenen Stundenlohn für einen Fahrlehrer von EUR 8,00 bis EUR 16,00. Die Höhe des Gehalts wäre bei der Berechnung der Höhe des Krg zu berücksichtigen gewesen. Diese Gesichtspunkte würden es insgesamt nahelegen, dass das Angestelltenverhältnis zum 1. Dezember 2007 eingegangen worden sei, um Leistungen der Krankenversicherung in Form von Krg zu erlangen. Es liege auch nahe, dass bei Eingehung des Arbeitsverhältnisses von vornherein die Absicht bestanden habe, dieses alsbald wieder aufzugeben. Hierfür spreche die gesundheitliche Situation des S. im November und Dezember 2007. Die Frage, ob S. das Beschäftigungsverhältnis am 1. Dezember 2007 tatsächlich aufgenommen habe, könne offenbleiben. Nicht entscheidend sei, ob und welche Tätigkeiten er bis zum 12. Dezember 2007 verrichtet habe. Versicherungspflicht trete nicht ein, wenn ein Arbeitnehmer ein Arbeitsverhältnis von vornherein mit der Absicht eingehe, die Tätigkeit unter Berufung auf die ihm bekannte Arbeitsunfähigkeit nicht anzutreten oder alsbald wieder aufzugeben. Ein Anspruch auf Krg durch Bejahung einer Versicherungspflicht lasse sich auch nicht mit der Mitgliedsbescheinigung nach § 175 SGB V begründen. Die Mitgliedsbescheinigung deklariere lediglich die Wahl des S. als allein maßgebenden Akt für die Begründung der Zuständigkeit der Krankenkasse, die Mitgliedsbescheinigung sei nicht konstitutiver Natur.

Gegen das ihrer Prozessbevollmächtigten am 12. Oktober 2010 zugestellte Urteil hat die Klägerin, die das Verfahren als Sonderrechtsnachfolgerin allein weiterführt, am 11. November 2010 Berufung eingelegt. Sie sie hat ihr Begehren auf die Zahlung von Krankengeld für die Zeit vom 23. Januar 2008, zunächst bis 31. Oktober 2008, später nur bis 31. Mai 2008 präzisiert. Zur Begründung weist sie darauf hin, Dr. Ha. habe mitgeteilt, dass bei S. Anfang November 2007 eine volle geistige und eine körperliche Leistungsfähigkeit von 50 bis 75%, mithin keine hundertprozentige Arbeitsunfähigkeit vorgelegen habe. Durch die Chemotherapien habe sich der Gesundheitszustand des S. stabilisiert. Nach der letzten Chemotherapie habe er sich gut gefühlt. Er sei in der Lage gewesen, von der Klinik im Pkw eigenhändig nach Hause zu fahren. Sie und S. seien davon ausgegangen, dass S. nach dieser Chemotherapie als geheilt gelte. Eine deutliche Verschlechterung des Allgemeinzustands sei entgegen den Ausführungen von Dr. We. erst im Jahr 2008 eingetreten. Eine Morphingabe sei erst ab April 2009 erfolgt. Nach der Aussage von K. sei auch ausreichend Beschäftigungsumfang für einen Fahrlehrer vorhanden gewesen. Dass S. ein geringfügig höheres Gehalt bezogen habe, lasse unberücksichtigt, dass er als verantwortlicher Leiter fungiert habe. Mit der tatsächlichen Arbeitstätigkeit des S. habe sich das SG nicht auseinandergesetzt. Ergänzend hat sie vorgetragen, die Aussage von Dr. Ha. vom 26. Februar 2013 (hierzu im Folgenden) sei sehr ungenau gehalten. Bei Hydromorphin-Retard-Kapseln mit vier mg handele es sich um die geringste Dosierung. Laut Gebrauchsanweisung habe ein Medikament mit Hydromorphin auch nur geringen oder mäßigen Einfluss auf die Verkehrstüchtigkeit. Im Übrigen habe S. bei Schmerzen nach ihren Beobachtungen ausschließlich Novalgin eingenommen.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Heilbronn vom 21. September 2010 aufzuheben und die Beklagte unter Aufhebung des Bescheids vom 28. Mai 2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 21. Juli 2008 zu verurteilen, ihr Krankengeld für den Versicherten für die Zeit vom 23. Januar 2008 bis 31. Mai 2008 in gesetzlicher Höhe zu gewähren.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verweist auf die Ausführungen im Widerspruchsbescheid und das Urteil. Ergänzend weist sie noch einmal darauf hin, dass Dr. Ha. Arbeitsunfähigkeit bescheinigt habe. Er habe auch gesagt, dass S. im November bis Dezember 2007 häufiger über Beschwerden geklagt habe. Dass sich S. erst nach dem stationären Aufenthalt vom 14. Dezember 2007 bis 15. Februar 2008 schwach und depressiv gefühlt habe, könne angesichts der gesunkenen Hb-Werte ab Mai 2007 nicht nachvollzogen werden. Es möge sein, dass S. einige Theoriestunden übernommen habe, die nachgewiesenen Stunden reichten jedoch nicht aus, eine versicherungspflichtige Tätigkeit auszulösen. Im Übrigen seien diese Bescheinigungen z.B. mit Blick auf die Fahrstunde am 17. November 2007, was habe widerlegt werden können, auch zu hinterfragen. Schwer vorstellbar sei auch, dass S. im Dezember 2007 bei seinem körperlichen Zustand zwei Motorräder auf den Hänger verladen habe, um zum TÜV zu gehen. Angegebene "Tätigkeiten, die gemacht werden müssen, aber keiner aufschreibt" oder Überwachungstätigkeiten seien nicht greifbar. Bei der Fahrschule sei auch ein Aushilfsfahrlehrer angestellt gewesen, der bis auf den Busführerschein alle Klassen habe unterrichten können. Somit dürften alle Fahrschüler durch K. und den Aushilfslehrer abgedeckt gewesen sein.

Der Senat hat Dr. Ha. als sachverständigen Zeugen gehört. Dieser hat unter dem 26. Februar 2013 mitgeteilt, dass S. zwischen Oktober und Dezember 2007 mit Chemotherapie und Antibiotika behandelt worden sei und von Mitte November bis Dezember 2007 gegen die Schmerzen zeitweise Hydromorphon-Kapseln bis dreimal vier mg erhalten habe.

Wegen des weiteren Vorbringens der Beteiligten sowie die Einzelheiten des Sachverhalts wird auf die beigezogene Verwaltungsakte der Beklagten sowie die Gerichtsakten in beiden Instanzenzügen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung der Klägerin, über die der Senat im Einverständnis der Beteiligten durch Urteil ohne mündliche Verhandlung (§§ 153 Abs. 1, 124 Abs. 2 Sozialgerichtsgesetz - SGG -) entschieden hat, ist zulässig. Sie ist form- und fristgerecht eingelegt und auch statthaft. Der Beschwerdewert des § 144 Abs. 1 Satz 1 Nr.1 SGG von EUR 750,00 ist überschritten. Zwar ist der tägliche Leistungssatz des Krg für die Zeit vom 23. Januar bis 31. Mai 2008 nicht bekannt. Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass ein Krg-Anspruch für 131 Tage im Streit ist, sowie dass S. ein Bruttogehalt von EUR 2.900,00 bezogen hat, wird der Beschwerdewert hier jedoch in jedem Fall überschritten.

Die Berufung ist jedoch nicht begründet. Das SG hat die Klage zu Recht abgewiesen. Der Bescheid der Beklagten vom 28. Mai 2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 21. Juli 2008 ist rechtmäßig und verletzt auch die Klägerin als Sonderrechtsnachfolgerin des im Laufe des Klageverfahrens verstorbenen S. (§ 56 Abs. 1 Nr. 2 Erstes Buch Sozialgesetzbuch - SGB I -) nicht in ihren Rechten. Vom 23. Januar bis 31. Mai 2008 hatte S. keinen Anspruch auf Krg.

Gemäß § 44 Abs. 1 Satz 1 SGB V haben "Versicherte" Anspruch auf Krg, wenn Krankheit sie arbeitsunfähig macht oder sie auf Kosten der Krankenkasse stationär in einem Krankenhaus, einer Vorsorge- oder Rehabilitationseinrichtung (§ 23 Abs. 4, §§ 24, 40 Abs. 2 und § 41 SGB V) behandelt werden. Dabei ist für den geltend gemachten Krg-Anspruch an den jeweils in Betracht kommenden Entstehungstatbestand anzuknüpfen. Denn das bei Entstehen eines Krg-Anspruchs bestehende Versicherungsverhältnis bestimmt, wer in welchem Umfang als Versicherter Anspruch auf Krg hat (ständige Rechtsprechung, vgl. z.B. jüngst BSG, Urteil vom 12. März 2013 - B 1 KR 7/12 R - m.w.N., in juris).

Nach § 46 Satz 1 Nr. 2 SGB V entsteht der Anspruch auf Krg in anderen Fällen als bei Krankenhausbehandlung oder Behandlung in einer Vorsorge- oder Rehabilitationseinrichtung von dem Tag an, der auf den Tag der ärztlichen Feststellung der Arbeitsunfähigkeit folgt. Das Entstehen des Anspruchs auf Krg setzt damit in den Fällen ambulanter Behandlungen voraus, dass die Arbeitsunfähigkeit vertragsärztlich festgestellt wird. Abzustellen für den Umfang des Versicherungsschutzes ist grundsätzlich auf den Tag, der dem Tag nach Feststellung der Arbeitsunfähigkeit folgt (BSG, Urteil vom 26. Juni 2007 - B 1 KR 37/06 R -, in Juris).

Die bei der Beklagten bestehende freiwillige Versicherung des S. vermag zum Zeitpunkt der erstmaligen Feststellung der Arbeitsunfähigkeit am 12. Dezember 2007 und auch in der Folge bei den nachfolgenden Feststellungen keine Berechtigung zum Bezug von Krg zu begründen, denn die freiwillige Mitgliedschaft des S. bei der Beklagten beinhaltete ab 1. Januar 2005 keinen Anspruch auf Krg.

S. stand ein Anspruch auf Krg auch nicht deshalb zu, weil er bei Eintritt der Arbeitsunfähigkeit am 12. Dezember 2007 in einem die Krankenversicherungspflicht begründenden Beschäftigungsverhältnis gemäß § 5 Abs.1 Nr. 1 SGB V gestanden hat.

In der Krankenversicherung versicherungspflichtig sind nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V Arbeitnehmer, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind. Nach § 186 Abs. 1 SGB V beginnt bei ihnen die Mitgliedschaft nicht schon mit der Eingehung des Arbeitsverhältnisses, sondern mit dem Tag des Eintritts in die Beschäftigung. Das SGB V macht diese Versicherungspflicht allein davon abhängig, dass eine versicherungspflichtige Beschäftigung vorliegt, d.h. eine Beschäftigung, die in persönlicher Abhängigkeit gegen Entgelt verrichtet wird und die Grenze der Geringfügigkeit (§ 7 SGB V) überschreitet, die des regelmäßigen Jahresarbeitsentgelts (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB V) jedoch nicht übersteigt. In diese Beschäftigung muss der Betreffende eingetreten sein (§ 186 Abs. 1 SGB V). Unerheblich ist der Beweggrund für die Aufnahme. Selbst wenn der Zweck der Beschäftigung darin liegt, sich einen vorher nicht bestehenden oder günstigen Krankenversicherungsschutz zu verschaffen, steht das der Versicherungspflicht nicht entgegen, wenn die gesetzlichen Anforderungen hierfür erfüllt sind. Das SGB V enthält keine Vorschrift, nach der die Versicherungspflicht von bestimmten gesundheitlichen Voraussetzungen oder von Arbeitsfähigkeit abhängt.

Versicherungspflicht besteht aber nur, wenn der Arbeitnehmer ein entgeltliches Beschäftigungsverhältnis begründet hat (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V iVm § 7 Abs. 1 Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV)) und in die Beschäftigung eingetreten ist (§ 186 Abs. 1 SGB V). 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. Eine Beschäftigung im Sinne des § 7 Abs. 1 SGB IV liegt nicht vor, wenn es sich um eine familienhafte Mithilfe oder um eine selbstständige Tätigkeit, insbesondere als Mitunternehmer oder Mitgesellschafter handelt. Beruht die Tätigkeit auf einem Scheingeschäft im Sinne des § 117 BGB, mit dem ein Beschäftigungsverhältnis lediglich vorgetäuscht werden soll, um Leistungen der Krankenversicherung zu erlangen, liegt ebenfalls keine versicherungspflichtige Beschäftigung vor. Versicherungspflicht tritt ferner nicht ein, 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. Legen die Umstände des Falles ein missbräuchliches Verhalten oder eine Manipulation zu Lasten der Krankenkasse nahe, so bedarf es einer sorgfältigen Aufklärung dieser Umstände und der von den Arbeitsvertragsparteien wirklich verfolgten Absichten. Beispielsweise können zusätzliche Ermittlungen erforderlich sein, wenn bereits bei der Arbeitsaufnahme Arbeitsunfähigkeit besteht, dieses bekannt ist und die Arbeit alsbald aufgegeben wird. Kommen weitere Umstände, etwa eine familiäre oder verwandtschaftliche Beziehung zwischen den Arbeitsvertragsparteien, das Fehlen eines schriftlichen Arbeitsvertrags, eine offensichtlich vom üblichen Rahmen abweichende Lohnhöhe, der Verlust eines anderweitigen Versicherungsschutzes oder eine rückwirkende Anmeldung bei der Krankenkasse nach zwischenzeitlichem Auftreten einer kostenaufwändigen Erkrankung hinzu, 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 darauf beruft. Schließlich muss ausgeschlossen werden, dass die Beschäftigung wegen (Entgelt- oder Zeit-)Geringfügigkeit versicherungsfrei im Sinne des § 7 SGB V iVm § 8 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 SGB IV ist (BSG, Urteile vom 4. Dezember 1997 - 12 RK 3/97 - und 29. September 1998 - B 1 KR 10/96 R -, beide in juris).

Ausgehend hiervon dürfte hier zwar kein Scheingeschäft im Sinne von § 117 BGB vorgelegen haben. Ein Scheinarbeitsverhältnis in diesem Sinne ist nämlich nur dann gegeben, 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 -, in juris). Im vorliegenden Fall dürften S. und die Limited durchaus daran interessiert gewesen, einen wirksamen Arbeitsvertrag zu begründen, mit dessen Hilfe auch ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis begründet werden sollte, nachdem die Fahrschule früher von S. betrieben wurde und er über einen entsprechenden Bekanntheitsgrad verfügte, so dass die Mitarbeit des S. durchaus gewollt gewesen sein dürfte. Dies muss jedoch nicht abschließend entschieden werden.

Jedenfalls ist kein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGBV durch den Arbeitsvertrag begründet worden. Denn dafür genügt es nicht, dass die Beschäftigung ernstlich vereinbart und angemessen entlohnt worden ist. Die Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses ist zusätzlich davon abhängig zu machen, dass die Beschäftigung auch tatsächlich im vereinbarten Umfang ausgeübt (erfüllt) worden ist (vgl. BVerfG, Beschluss vom 7. November 1995 - 2 BvR 802/90 -, in juris). Dies ist zur Überzeugung des Senats nicht nachgewiesen. Der Senat ist vielmehr davon überzeugt, dass S. ab dem 1. Dezember 2007 zu keinem Zeitpunkt mehr als nur geringfügig gearbeitet hat und darüber hinaus aus gesundheitlichen Gründen auch nicht arbeiten konnte. Dies ergibt sich aus den von S. vorgelegten Tagesnachweisen, die im Dezember 2007 nur an drei Tagen, nämlich am 6., 10. und 11., einen 90-minütigen theoretischen Fahrschulunterricht (insgesamt 270 Minuten) und an zwei Tagen, nämlich am 10. und 12., einen praktischen Fahrschulunterricht (insgesamt 195 Minuten), wobei S. am 12. Dezember 2007 bereits arbeitsunfähig krankgeschrieben war, belegen. Der zeitliche Aufwand für diese Tätigkeiten betrug mithin ungefähr sechs Stunden. Dieser Aufwand lag deutlich unter der im Arbeitsvertrag vereinbarten Arbeitszeit von 180 Stunden à 45 Minuten (= 135 Zeitstunden) bei sechs Arbeitstagen wöchentlich. Außerdem wurde eine Bestätigung des Rüdiger St. über eine Unterweisung durch S. am 14. Dezember 2007 vorgelegt. Letztere Bestätigung erscheint nicht plausibel, zum Einen war S. ab 12. Dezember 2007 arbeitsunfähig krankgeschrieben und zum Anderen wurde er am 14. Dezember 2007 stationär in die Universitätsklinik Freiburg aufgenommen, so dass eine ca. vierstündige Einweisung an diesem Tag, nachdem Krankenhausaufnahmen in der Regel morgens erfolgen, nicht möglich gewesen sein dürfte. Davon dass S. darüber hinaus in einem wie im Anstellungsvertrag vom 6. November 2007 vereinbarten zeitlichen Umfang von 180 Stunden à 45 Minuten in Form von administrativer Tätigkeit erbracht hätte, bzw. bezogen auf die Tage vom 1. bis 11. Dezember 2007 erbracht hat, ist der Senat ebenfalls nicht überzeugt. Zum Einen gibt es diesbezüglich keine Aufschriebe und im Übrigen muss in dieser Zeit schon ein Großteil der im Zusammenhang mit der Übergabe der Fahrschule anfallenden administrativen Tätigkeiten erledigt gewesen sein, da die Limited bereits am 22. Oktober 2007 gegründet wurde und seither über sechs Wochen vergangen waren. Die gegenüber der Erteilung von Fahrschulunterricht weit überwiegende administrative Tätigkeit entspricht auch nicht dem Anstellungsvertrag, der die Beschäftigung als Fahrlehrer mit praktischer und theoretischer Fahrschülerausbildung vorsah und S. nur für den Fall, dass die monatliche Arbeitszeit nicht mit Ausbildungstätigkeiten ausgefüllt werden konnte, die Erbringung der ihm nach seinen Kenntnissen und Fähigkeiten möglichen und zumutbaren Tätigkeiten im Rahmen der Fahrschule auferlegte. Aus gesundheitlichen Gründen war S. im Dezember 2007 auch nicht in der Lage, die weiter aufgeführte Tätigkeit, wonach er Motorräder für den Winter konserviert und dem TÜV vorgeführt habe, zu verrichten, denn bei Konservierungsarbeiten und der Verladung von Motorrädern auf einen Hänger und anschließendes Wiederabladen beim TÜV handelt es sich um eine schwere Tätigkeit. Dies folgt auch aus dem Arztbrief des Prof. Dr. U. vom 22. November 2007, demzufolge sich S. in einem reduzierten Allgemeinzustand bei deutlicher Hyperperistaltik mit Diarrhoen, die auch nicht allein während der verabreichten Chemotherapien, sondern auch dazwischen auftraten, befand, neben Novalgin zweimal täglich Palladon einnahm, und bereits seit 22. September 2007 ausweislich der weiteren Arztbriefe des Prof. Dr. U. über eine ausgeprägte Müdigkeit mit eingeschränkter körperlicher Belastbarkeit und Schwindel sowie bei Belastung rasche thorakale Schmerzen beklagte. Im Einklang damit steht auch die telefonische Bestätigung des Dr. Ha. vom 8. Februar 2008, wonach S. zwischen dem 22. November und 11. Dezember 2007 aufgrund seines schlechten Allgemeinzustand mit Metastasierung arbeitsunfähig gewesen sei, und die sachverständige Zeugenauskunft des Dr. Ha. vom 26. Februar 2013, in der die Verordnung von Hydromorphon-Kapseln bestätigt wurde. Dass S. das morphiumhaltige Schmerzmittel, das er ausweislich des Entlassungsberichts der Ärzte der Klinik für Tumorbiologie tatsächlich eingenommen und von Dr. Ha. anschließend verschrieben bekommen hat, nicht eingenommen hat, ist für den Senat nicht plausibel, denn dass die Schmerzen des S. nach der Entlassung aus der Klinik für Tumorbiologie im November 2007 nachgelassen haben und er deshalb der Einnahme von Schmerzmitteln auf Morphinbasis nicht mehr bedurft hätte, ist unwahrscheinlich. Im Übrigen vermag die Klägerin insoweit auch nur einzuwenden, dass ihr nicht bekannt sei, dass S. ein morphinhaltiges Medikament eingenommen habe. Etwas anderes mit Blick auf die körperliche Leistungsfähigkeit des S. lässt sich für die Zeit ab 1. Dezember 2007 auch nicht auf die sachverständige Zeugenauskunft des Dr. Ha. vom 31. Juli 2009 stützen, denn aus dieser geht nur hervor, dass S. Anfang November 2007 geistig voll und körperlich zwischen 50 und 75% leistungsfähig gewesen sei, Im November/Dezember 2007 hat S. der Aussage zufolge häufiger über Beschwerden geklagt. Unter weiterer Berücksichtigung der Tatsache, dass S. seine Fahrschule zum 30. November 2007 wegen Krankheit aufgegeben hat, folgt aus alledem, dass S. bereits zum Zeitpunkt des Abschlusses des Anstellungsvertrags am 6. November 2007 und insbesondere bei der behaupteten Arbeitsaufnahme am 1. Dezember 2007 schwerst erkrankt war und er einer derart intensiven medikamentösen Behandlung bedurfte, dass daneben eine Tätigkeit als Fahrlehrer in dem im Anstellungsvertrag vorgesehenen Umfang nicht möglich und zumutbar war.

Ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis ist ab dem 1. Dezember 2007 aber unabhängig davon auch deshalb nicht begründet worden, weil gravierende und nicht hinreichend entkräftete Verdachtsmomente vorliegen, die nahelegen, dass hier eine Manipulation zu Lasten der Krankenkasse vorgenommen werden sollte. Dies ergibt sich aus Folgendem:

&61485; S. litt seit Dezember 2005 an einem metastasierenden Darmkarzinom. Dies ergibt sich aus den Arztbriefen des Prof. Dr. U ... Er wurde deshalb in der Folgezeit mehrmals ambulant und stationär in der Klinik für Tumorbiologie in Freiburg behandelt. Im Juni 2006 wurde ein Progress der Erkrankung mit hepatischer Metastasierung festgestellt. Bereits bei einem stationären Aufenthalt im August/September 2006 in der Klinik für Tumorbiologie wurde S. schmerzmedikamentös u.a. mit Tramal-Tropfen eingestellt. Es kam hierauf zunächst noch einmal zu einer rückläufigen Symptomatik. Die Tramadoltherapie konnte ab November 2006 wieder abgesetzt werden. Ab Juli 2007 verschlechterte sich der Allgemeinzustand des S. jedoch erneut. Er beklagte eine Müdigkeit, Inappetenz, Gewichtsverlust und intermittierende Diarrhoen. Außerdem wurde ein unklarer Hb-Abfall festgestellt, der bis November 2007 mehrfach die Gabe von EK erforderlich machte. Während des stationären Aufenthalts des S. in der Klinik für Tumorbiologie vom 27. bis 31. August 2007 wurde ein Tumorrezidiv im Anastomosenbereich diagnostiziert, die Lebermetastasen und peritonealen Lymphknotenmetastasen hatten zugenommen, neu aufgetreten waren Milzmetastasen. S. wurde Anfang September 2007 erneut in der Chirurgischen Ambulanz der Universitätsklinik Freiburg vorgestellt und befand sich sodann monatlich ein- bis zweimal in der Klinik für Tumorbiologie zur Verabreichung von Chemotherapien. Weiterhin beklagte er eine ausgeprägte Müdigkeit mit eingeschränkter körperlicher Belastbarkeit, Schwindel und Tachykardien unter körperlicher Belastung auf niedriger Belastungsstufe sowie abdominelle Schmerzen mit Ausstrahlung in den Rücken. Im

September 2007 war vorübergehend wieder die Gabe der Schmerzmittel Tramalsol und Haldol erforderlich. Anfang November 2007 schilderte S. seit 21. Oktober 2007 auftretende wässrige Durchfälle. Ein im November 2007 gefertigtes CT des Abdomens erbrachte den Nachweis einer Progredienz der Tumorerkrankung. Die Koloskopie zeigte neben der bereits bekannten Stenosierung einen hochgradigen Verdacht auf Tumorperforation/Tumordurchwanderung. Am 22. November 2007 wurde S. aus der Klinik für Tumorbiologie auf eigenen Wunsch entlassen mit der Entlassmedikation in Form von Palladon und Novalgin. Daraus folgt, dass S. aber auch K. als Geschäftsführer der Limited aufgrund des reduzierten Allgemeinzustands des S. und der vielfachen stationären Aufenthalte des S. in der Klinik zur Durchführung von Chemotherapien und der bevorstehenden weiteren klinischen Behandlung die besondere Schwere der Erkrankung bewusst gewesen sein musste. Nicht nur S., sondern auch K. war bekannt, dass S. an einer Krebserkrankung litt. Dies war K. schon bei Aufnahme des Arbeitsverhältnisses bei S. Anfang Januar 2006 bekannt, wie sich aus seiner Aussage vom 21. September 2010 ergibt. Er hat auch weiter angegeben, dass S. in der ersten Phase äußerlich nichts anzumerken gewesen sei, sich dies im weiteren Verlauf dann aber so geäußert habe, dass er müde und abgeschlagener gewesen sei als sonst, irgendwann habe man die körperlichen Auswirkungen und auch den Gewichtsverlust, insbesondere stark im letzten Lebensjahr, gesehen.

&61485; S. gab zum 30. November 2007 seine eigene Fahrschule aus gesundheitlichen Gründen auf, obwohl er als Inhaber einer Fahrschule deutlich größere Möglichkeiten zur Einteilung seiner Arbeit entsprechend seinem gesundheitlichen Vermögen hatte und Arbeit an die bei ihm angestellten Fahrlehrer hätte delegieren können.

&61485; Bei der Limited handelte es sich zudem um eine Arbeitgeberin, die aus der früheren Fahrschule des S. hervorgegangen war. Der Gesellschafter und Geschäftsführer der Limited, K., war früher Arbeitnehmer des S. Der Senat geht davon aus, dass es höchst unwahrscheinlich ist, dass ein fremder Arbeitgeber in einer solchen Situation (Darmkarzinom mit zahlreichen Metastasierungen) einen Arbeitsvertrag mit einem Arbeitnehmer abgeschlossen hätte. Etwas anderes ergibt sich insoweit auch nicht deshalb, weil S. über die notwendigen Zulassungen zum Betreiben der Fahrschule verfügte, denn auch K. hatte die Voraussetzungen zum Betreiben einer Fahrschule ab Juli 2007 erfüllt, es fehlte ihm lediglich noch die Erlaubnis zur Durchführung von Aufbauseminaren. Außerdem verfügte er nicht über eine Fahrlehrererlaubnis für die Klassen CE, DE und T. Dies war letztlich jedoch deshalb ohne Belang, weil der weitere Aushilfsfahrlehrer der Fahrschule mit Ausnahme der Klasse D (Bus) über diese weiteren Fahrerlaubnisklassen verfügte und diese Fahrschulleistungen hätte erbringen können und im Ergebnis auch erbracht hat.

&61485; S. hatte auch keinen Anspruch auf Krg, da er ab 1. Januar 2005 nicht mehr mit Anspruch auf Krg versichert war. Des Weiteren bestand auch kein Rentenanspruch, da er hierfür die notwendigen versicherungsrechtlichen Voraussetzungen nicht erfüllte.

&61485; Zum Zeitpunkt der Arbeitsaufnahme bei der Limited am 1. Dezember 2007 hatte die Familie des S. nur Arbeitseinkommen durch die Klägerin aufgrund einer geringfügigen Beschäftigung mit einem Entgelt von EUR 400,00. Die Tochter des S. war zu diesem Zeitpunkt 17 Jahre alt und konnte zum Familieneinkommen nichts beitragen. Sie konnte sich mit ihrer Praktikumsvergütung auch noch nicht selbstständig unterhalten. Daneben hatte die Familie nur Einkünfte aus dem Verkauf der Fahrschule.

Aufgrund einer Gesamtabwägung aller zuvor genannten Umstände ist der Senat zu der Überzeugung gelangt, dass vorliegend eine Missbrauchsabsicht bei S. bestand, sodass der Senat von einer Manipulation zu Lasten der Beklagten ausgeht. Zu berücksichtigen war hierbei auch, dass nach den vorliegenden Gesamtumständen S. nicht davon ausgehen konnte, die Tätigkeit bei der Limited längerfristig zu verrichten, da der Krebs zugenommen hatte und eine gravierende weitere Operation anstand. Die in der Vergangenheit durchgeführte Chemotherapie hatte - wie S. bekannt war - keinen Erfolg gezeigt, der Krebs hatte im November 2007 weiter zugenommen.

Weitere Tatsachen, die die oben genannten Verdachtsmomente entkräften könnten, liegen nicht vor. Dies hätte etwa der Fall sein können, wenn die Limited ohne S. nicht hätte betrieben werden können. Dies war jedoch - wie bereits ausgeführt - nicht der Fall. K. verfügte über Erfahrung als Fahrlehrer, war in der Fahrschule des S. seit Anfang 2006 beschäftigt und bekannt und er war auch in der Lage, die administrativen Aufgaben, die die Fahrschule mit sich brachte, zu bewältigen. K. hat im weiteren Verlauf lediglich einen weiteren Fahrlehrer, nicht jedoch eine Person für organisatorische und administrative Tätigkeiten eingestellt. Die im Berufungsverfahren mitgeteilte Aktivität des S., der nach der letzten Entlassung am 22. November 2007 in der Lage gewesen sei, mit eigenem PKW von der Klinik nach Hause zu fahren, führt zu keinem anderen Ergebnis. Auch wenn S. tatsächlich alleine nach Hause gefahren wäre, ist die Tatsache des Fahrens mit dem PKW zu unterscheiden von der Abhaltung von Fahrstunden, die eine weit größere Aufmerksamkeit als das eigenständige Fahren erfordern, denn hierbei ist neben dem Fahren die Überwachung und Anleitung des Fahrschülers erforderlich. Im Übrigen war S. nach Auffassung des ihn behandelnden Dr. Ha. durchgehend arbeitsunfähig.

S. ist auch nicht durch einen Bescheid der Beklagten, der nur unter Beachtung der Voraussetzungen des § 45 Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X) hätte zurückgenommen werden dürfen, versicherungspflichtig und deren Mitglied geworden und hat hierauf gestützt einen Anspruch auf Krg. Bei der Mitgliedsbescheinigung vom 1. Februar 2008, die im Übrigen an die Limited gerichtet war, handelt es sich nicht um einen Verwaltungsakt, mit dem Versicherungspflicht festgestellt wurde (vgl. in diesem Zusammenhang: BSG, Urteile vom 21. Mai 1996 - 12 RK 67/94 - und 27. Juni 2012 - B 12 KR 11/10 R -, beide in juris). Nach § 31 Satz 1 SGB X ist u.a. Voraussetzung für einen Verwaltungsakt, dass er zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts erlassen wird. Entscheidendes Merkmal der "Regelung" ist, ob die Behörde eine potenziell verbindliche Rechtsfolge gesetzt hat, d.h. 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, Urteil vom 21. Mai 1996 - 12 RK 67/94 a.a.O.). 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 (BSG, Urteil vom 27. Juni 2012 - B 12 KR 11/10 R -, a.a.O.; Landessozialgericht Baden-Württemberg, Urteil vom 1. März 2011 - L 11 KR 2278/09 -, in juris m.w.N.). Sähe man in derartigen Bestätigungen der Mitgliedschaft einen Verwaltungsakt über das Vorliegen der Versicherungspflicht, wären die Krankenkassen erst nach verwaltungsaufwändigen, längerdauernden Verfahren zur Bestätigung einer beantragten Mitgliedschaft in der Lage. Solches würde den Anforderungen an eine Massenverwaltung nicht gerecht (BSG, Urteil vom 21. Mai 1996 - 12 RK 67/94 -, a.a.O.).

Nachdem kein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vorlag, konnte die Mitgliedschaft bei der Beklagten gemäß § 186 Abs. 1 SGB V nicht beginnen. Ansprüche gegen die Beklagte resultierend aus der Mitgliedschaft, hier Krg, sind somit nicht gegeben.

Ein anderer Versicherungstatbestand, der einen Anspruch auf Krg umfasste, bestand nicht.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.

Gründe für die Zulassung der Revision liegen nicht vor.
Rechtskraft
Aus
Login
BWB
Saved
2013-08-30