

B 1 KR 4/12 R

Land
Bundesrepublik Deutschland
Sozialgericht
Bundessozialgericht
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung

1
1. Instanz
SG Berlin (BRB)
Aktenzeichen
S 111 KR 73/07

Datum
28.02.2007
2. Instanz
LSG Berlin-Brandenburg
Aktenzeichen
L 1 KR 322/07

Datum
26.11.2010
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
B 1 KR 4/12 R

Datum
12.03.2013
Kategorie
Urteil
Leitsätze

1. Gibt ein freiwillig versicherter Selbstständiger vor Beginn eines Krankengeldanspruchs seine Erwerbstätigkeit auf, hat er keinen Anspruch auf Krankengeld, weil die Arbeitsunfähigkeit keinen Ausfall seines Arbeitseinkommens bedingt.

2. Ein mit Anspruch auf Krankengeld freiwillig versicherter Selbstständiger gibt seine Erwerbstätigkeit nicht auf, wenn er sie nur aufgrund ärztlicher Arbeitsunfähigkeitsfeststellung tatsächlich nicht ausübt, auch wenn diese sich später als unrichtig erweist.

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landessozialgerichts Berlin-Brandenburg vom 26. November 2010 aufgehoben, soweit es wegen des Anspruchs auf Krankengeld für die Zeit vom 23. September 2005 bis 30. November 2006 die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Berlin vom 28. Februar 2007 zurückgewiesen hat. Insoweit wird der Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zurückverwiesen. Im Übrigen wird die Revision des Klägers zurückgewiesen.

Gründe:

I

1 Die Beteiligten streiten über die Gewährung von Krankengeld (Krg) vom 15.8.2005 bis 30.11.2006.

2 Der 1943 geborene Kläger war als selbstständiger Taxifahrer bei der beklagten Krankenkasse (KK) freiwillig krankenversichert. Nach vorausgegangenem Krg-Bezug ging er ab 21.5.2004 wieder seiner Tätigkeit nach. Dr. A. stellte bei ihm zunächst am 2.12.2004 Arbeitsunfähigkeit (AU) ab 30.11.2004 fest und am 27.12.2004 für eine nicht absehbare Dauer wegen Virusinfektion - nicht näher bezeichnet - (ICD-10-GM B34.9) und einer depressiver Episode nicht näher bezeichnet - (ICD-10-GM F32.9). Der Kläger erhielt bis 5.1.2005 Krg (Prozessvergleich vom 26.7.2005). Dr. S. attestierte dem Kläger AU wegen Dysthymie (ICD 10 GM F34.1) und Somatisierungsstörung (ICD 10 GM F45.0) vom 6.1.2005 bis 28.7.2005 und am 28.7.2005 erneut zunächst bis 11.8.2005 und danach fortlaufend zum Teil durch einen Praxisvertreter mindestens bis zum 15.9.2005. Aufgrund einer am 9.8.2005 erfolgten Untersuchung meinte der Medizinische Dienst der Krankenversicherung (MDK), dass beim Kläger AU nur noch bis 14.8.2005 vorliege. Dr. A. stellte beim Kläger am 8.9.2005 wegen Bronchitis (ICD 10 GM J40) und akuter Infektion der oberen Atemwege nicht näher bezeichnet (ICD 10 GM J06.9) AU rückwirkend ab 6.9.2005 und wegen Bronchitis auch fortlaufend für die Zeit danach fest. Die Beklagte beendete mit Ablauf des 14.8.2005 die Krg Zahlung (Bescheid vom 9.8.2005; Widerspruchsbescheid vom 5.12.2005). Das SG hat nach Einholung eines Sachverständigengutachtens die Klage abgewiesen (Urteil vom 28.2.2007), das LSG die Berufung zurückgewiesen: Der Kläger sei ab dem 15.8.2005 nicht mehr arbeitsunfähig erkrankt und bei einem nach dem 5.9.2005 möglichen Wiedereintritt der AU nicht mehr mit Anspruch auf Krg versichert gewesen (Urteil vom 26.11.2010).

3 Der Kläger rügt mit seiner Revision die Verletzung des [§ 44 Abs 1 SGB V](#) und des [§ 103 SGG](#). Er sei durchgehend ab 15.8.2005 bis 30.11.2006 arbeitsunfähig krank gewesen. Sein Taxigewerbe habe er nicht aufgegeben. Das LSG hätte ein lungenfachärztliches Gutachten einholen müssen.

4 Der Kläger beantragt, das Urteil des Landessozialgerichts Berlin-Brandenburg vom 26. November 2010 und das Urteil des Sozialgerichts Berlin vom 28. Februar 2007 sowie den Bescheid der Beklagten vom 9. August 2005 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 5. Dezember 2005 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger vom 15. August 2005 bis 30. November 2006 Krankengeld zu gewähren,

hilfsweise, das Urteil des Landessozialgerichts Berlin-Brandenburg vom 26. November 2010 aufzuheben und den Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zurückzuverweisen.

5 Die Beklagte hat schriftlich beantragt, die Revision zurückzuweisen.

6 Sie hält die angefochtene Entscheidung für zutreffend.

II

7 Die zulässige Revision des Klägers ist unbegründet, soweit der Kläger Krg für die Zeit vom 15.8. bis 22.9.2005 begehrt. Zu Recht hat das LSG die Berufung gegen das klageabweisende SG-Urteil insoweit zurückgewiesen (dazu 1.). Die Revision ist im Übrigen hinsichtlich des vom 23.9.2005 bis 30.11.2006 geltend gemachten Krg-Anspruchs im Sinne der Zurückverweisung der Sache an das LSG zur erneuten Verhandlung und Entscheidung begründet ([§ 170 Abs 2 S 2 SGG](#)). Das angefochtene LSG-Urteil ist insoweit aufzuheben. Das LSG hat materielles Recht verletzt. Der erkennende Senat ist an einer abschließenden Entscheidung gehindert. Die Feststellungen des LSG, die unangegriffen und deshalb für den Senat bindend sind ([§ 163 SGG](#)), reichen nicht für eine abschließende Entscheidung darüber aus, dass der Kläger im betroffenen Zeitraum einen Anspruch auf Krg hat. Entgegen der Auffassung des LSG konnte der Kläger in diesem Zeitraum auch dann mit Anspruch auf Krg versichert sein, wenn er nach dem 30.11.2004 seine hauptberuflich selbstständige Erwerbstätigkeit als Taxiunternehmer bis zum 23.9.2005 tatsächlich nicht mehr ausübte (dazu 2.). Die Entscheidung des LSG erweist sich auch weder ganz noch teilweise aus anderen Gründen als zutreffend (dazu 3.). Das LSG wird nunmehr das noch Erforderliche aufzuklären haben (dazu 4.).

8 1. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Krg für die Zeit vom 15.8. bis 22.9.2005. Er war zwar in dieser Zeit mit Anspruch auf Krg versichert, doch fehlte es an den weiteren Anspruchsvoraussetzungen. Für den Versicherungsschutz eines mit Anspruch auf Krg freiwillig Versicherten ist es unerheblich, dass er im Zeitpunkt des Eintritts der AU seine Erwerbstätigkeit bereits eingeschränkt oder aufgegeben hat. Dies wirkt sich nur bei der Prüfung der Höhe des Krg-Anspruchs nach [§ 47 SGB V](#) aus (dazu a). Der Kläger war im relevanten Zeitraum aufgrund satzungrechtlicher Grundlage mit Anspruch auf Krg freiwillig versichert (dazu b). Die ärztlicherseits auf eine Somatisierungsstörung (ICD 10 GM F45.0) und Dysthymie (ICD 10 GM F34.1) gegründete AU des Klägers war jedenfalls ab dem 15.8.2005 beendet (dazu c). Eine am 6.9.2005 mögliche neue AU konnte nicht vor dem 23.9.2005 zu einem Anspruch des Klägers auf Krg führen (dazu d).

9 a) Voraussetzung für einen Anspruch auf Krg ist, dass der freiwillig Versicherte mit Anspruch auf Krg versichert ist (dazu aa). Nicht erforderlich ist jedoch, dass die satzungsmäßig geregelten Zugangsvoraussetzungen fortbestehen müssen (dazu bb). Es ist Aufgabe des Versicherten, die Versicherung geänderten Verhältnissen anzupassen und ggf das AU Risiko nicht länger zu versichern (dazu cc).

10 aa) Nach [§ 44 Abs 1 S 1 Alt 1 SGB V](#) haben Versicherte Anspruch auf Krankengeld, wenn was hier allein in Betracht kommt Krankheit sie arbeitsunfähig macht. [§ 44 Abs 2 SGB V](#) (hier anzuwenden idF durch Art 1 Gesetz zur Strukturreform im Gesundheitswesen (Gesundheits-Reformgesetz GRG) vom 20.12.1988, [BGBl I 2477](#)) sieht vor, dass die Satzung für freiwillig Versicherte den Anspruch auf Krg ausschließen oder zu einem späteren Zeitpunkt entstehen lassen kann. Soweit die Satzung der KK den Krg Anspruch nicht ausschließt, können auch selbstständig Erwerbstätige als freiwillig Versicherte mit Anspruch auf Krg versichert sein, wenn sie einen derartigen Versicherungsschutz gewählt haben (zur satzungsmäßigen Ausgestaltung des Krg-Anspruchs eines hauptberuflich selbstständig Erwerbstätigen vgl BSG Urteil vom 19.9.2007 B [1 KR 9/07](#) R USK 2007 90; zur Rechtslage für die Zeit vom 1.1.2009 bis 31.7.2009 vgl Art 1 Nr 33, Art 2 Nr 6a Buchst b Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV Wettbewerbsstärkungsgesetz GKV-WSG) vom 26.3.2007, [BGBl I 378](#), wonach ein Anspruch auf Krg für hauptberuflich selbstständig Erwerbstätige nur aufgrund eines Wahltarifs nach [§ 53 Abs 6 SGB V](#) idF des GKV WSG eröffnet war; zur geltenden Rechtslage vgl [§ 44 Abs 2 S 1 Nr 2 SGB V](#) idF durch Art 15 Nr 1 Buchst a Doppelbuchst aa Gesetz zur Änderung arzneimittelrechtlicher und anderer Vorschriften vom 17.7.2009, [BGBl I 1990](#), und [§ 46 S 2 SGB V](#) idF durch Art 15 Nr 2 Buchst a Gesetz zur Änderung arzneimittelrechtlicher und anderer Vorschriften, die dem hauptberuflich selbstständig Erwerbstätigen neben der Möglichkeit des Wahltarifs nach [§ 53 Abs 6 SGB V](#) einen gesetzlichen Anspruch auf Krg ab der siebten Woche bei Ausübung des Wahlrechts einräumen; zur Begründung vgl [BT-Drucks 16/12256 S 64](#)). Wird Krg wegen ärztlich festgestellter AU begehrt, ist für die Prüfung, ob eine freiwillige Versicherung mit Anspruch auf Krg besteht, gemäß [§ 46 S 1 Nr 2 SGB V](#) grundsätzlich auf den Tag abzustellen, der dem Tag nach Feststellung der AU folgt, soweit die Satzung bei freiwillig Versicherten gemäß [§ 44 Abs 2 SGB V](#) den Zeitpunkt der Anspruchsentstehung nicht noch weiter hinausschiebt (vgl BSG SozR 4 2500 § 46 Nr 2 RdNr 11 mwN; nach [§ 46 S 2 SGB V](#) idF des Gesetzes zur Änderung arzneimittelrechtlicher und anderer Vorschriften, in Kraft seit 1.8.2009, beginnt der Anspruch für hauptberuflich selbstständig Erwerbstätige, die eine Wahlerklärung nach [§ 44 Abs 2 S 1 Nr 2 SGB V](#) abgegeben haben, von der siebten Woche der AU an; eine Übersicht zu den auf der Grundlage des [§ 53 Abs 6 SGB V](#) durch Satzung vorgesehenen Krg Wahlтарifen für Selbstständige bietet <http://www.test.de/Wahlтарife-mit-Krankengeld-fuer-Selbststaendige-Angebote-der-Krankenkassen-4288469-4290483/>). [§ 44 Abs 2 SGB V](#) (hier idF des GRG) lässt es zu, freiwillig Versicherten in der Satzung das Recht einzuräumen, zwischen Dreierlei zu wählen (vgl [BSGE 99, 95](#) = SozR 4 2500 § 44 Nr 13, RdNr 16): (a) Versicherungsschutz ohne Krg Anspruch mit ermäßigtem Beitragssatz ([§ 243 Abs 1 SGB V](#) idF des GRG), (b) Versicherungsschutz mit allgemeinem Beitragssatz mit Krg Anspruch beginnend nach Ablauf von (mindestens) sechs Wochen nach dem allgemeinen gesetzlichen Entstehungszeitpunkt ([§ 241 SGB V](#) idF des GRG) sowie (c) Versicherungsschutz mit erhöhtem Beitragssatz mit Krg Anspruch beginnend vor Ablauf von sechs Wochen nach dem allgemeinen gesetzlichen Entstehungszeitpunkt ([§ 242 SGB V](#) idF des GRG). Soweit durch die Satzung der Zugang zu einer freiwilligen Versicherung eröffnet ist, die auch einen Anspruch auf Krg beinhaltet, müssen die Versicherten die gesetzlichen und satzungrechtlichen Voraussetzungen im Zeitpunkt ihrer Wahl für die Erstreckung der Versicherung auf die Absicherung des AU-Risikos erfüllen. [§ 44 Abs 2 SGB V](#) (idF des GRG) verlangt dafür nur, dass es sich um freiwillig Versicherte handeln muss. Eine weitergehende Einschränkung sieht das Gesetz nicht ausdrücklich vor. [§ 44 Abs 2 SGB V](#) lässt es aber zu, das Wahlrecht zur Gruppe (c) erhöhter Beitragssatz kraft Satzung beim Versicherungsschutz auf die Gruppe der hauptberuflich selbstständig Erwerbstätigen zu beschränken. Grundsätzlich differenziert [§ 44 Abs 2 SGB V](#) allerdings nicht zwischen verschiedenen Gruppen freiwillig Versicherter. Das SGB V trifft aber selbst an anderer Stelle unterschiedliche Regelungen für freiwillige Mitglieder, die hauptberuflich selbstständig erwerbstätig sind ([§ 240 Abs 4 S 2 SGB V](#)), und für solche freiwilligen Mitglieder, die wegen Überschreitens der Jahresarbeitsentgeltgrenze versicherungsfrei sind ([§ 257 Abs 1](#) und 2 SGB V). [§ 243 Abs 1 SGB V](#) setzt ausdrücklich die Möglichkeit voraus, für einzelne Mitgliedergruppen den Umfang der Leistungen zu beschränken (vgl [BSGE 99, 95](#) = SozR 4 2500 § 44 Nr 13, RdNr 23). Danach konnten die KKn danach differenzieren, ob es sich um Mitglieder handelt, die bei AU nicht für mindestens sechs Wochen Anspruch auf Fortzahlung ihres Arbeitsentgelts oder auf Zahlung einer die Versicherungspflicht begründenden Sozialleistung haben (erhöhter Beitragssatz nach [§ 242 SGB V](#) idF des GRG), oder um solche, die einen derartigen Anspruch hatten (allgemeiner Beitragssatz nach [§ 241 S 3 SGB V](#) idF des GRG) und für die erste Gruppe weitere Zugangsvoraussetzungen aufstellen.

11 Die Entstehung des Anspruchs freiwillig Versicherter auf Krg zum in der Satzung genannten frühestmöglichen Zeitpunkt verlangt, dass

die freiwillige Versicherung mit Anspruch auf Krg an diesem Tag weiterhin beim freiwillig Versicherten besteht und er nach ärztlicher Feststellung noch arbeitsunfähig ist (vgl BSG SozR 4 2500 § 44 Nr 2 RdNr 10 ff).

12 bb) Der aufgrund einer wirksam ausgeübten Wahl begründete Krg Versicherungsschutz ist allerdings nicht davon abhängig, dass die durch die Satzung vorgegebenen weiteren Voraussetzungen fortbestehen. Dies folgt daraus, dass [§ 44 Abs 2 SGB V](#) (idF des GRG und [§ 44 Abs 2 S 1 Nr 2](#) und 3 SGB V in der geltenden Fassung des Gesetzes zur Änderung arzneimittelrechtlicher und anderer Vorschriften) lediglich Zugangsvoraussetzungen zur Absicherung des AU-Risikos durch einen Krg Anspruch aufstellt, also beschreibt, unter welchen Voraussetzungen dem freiwillig Versicherten ein Wahlrecht zukommt, nicht hingegen die Anspruchsvoraussetzungen des einzelnen Krg Anspruchs (mit)definiert. Im hier maßgeblichen [§ 44 Abs 2 SGB V](#) idF durch das GRG folgt dies aus dem Verweis auf die Satzung der KK, die dem freiwillig Versicherten unter den in der Satzung näher genannten Bedingungen ein Wahlrecht eröffnet (nach [§ 44 Abs 2 S 1 Nr 2](#) und 3 SGB V idF des Gesetzes zur Änderung arzneimittelrechtlicher und anderer Vorschriften ist das Wahlrecht schon ausdrücklich im Gesetz geregelt). Die nicht fortlaufende Überprüfung dieser Zugangsvoraussetzungen entspricht auch dem Zweck des Krg, das darauf ausgerichtet ist, den Wegfall von Arbeitsentgelt und Arbeitseinkommen als der Mittel zur Bestreitung des laufenden Lebensunterhalts schnell zu substituieren. Die KK ist im Übrigen durch [§ 47 SGB V](#) davor geschützt, Leistungen zu erbringen, wenn der Versicherte keine Erwerbstätigkeit mehr ausübt, weil dann auch kein erzielttes regelmäßiges Arbeitseinkommen vorhanden ist, so dass ein dem Grunde nach bestehender Krg Anspruch der Höhe nach mit Null anzusetzen ist. Bei einem nur noch in geringem Umfang selbstständig Erwerbstätigen, der nicht mehr hauptberuflich selbstständig erwerbstätig ist, obwohl die Satzung als Zugangsvoraussetzung Hauptberuflichkeit fordert, mag eine finanzielle Absicherung des AU-Risikos eingeschränkt noch fortbestehen, wenn dieses Arbeitseinkommen der Beitragsberechnung zugrunde zu legen ist ([§ 47 Abs 1 S 1 SGB V](#)). Dafür entrichtet der Versicherte aber weiterhin Beiträge. Eine Äquivalenzstörung ist insoweit ausgeschlossen.

13 cc) Es bleibt hingegen der eigenständigen Prüfung des mit Anspruch auf Krg versicherten freiwilligen Mitglieds überlassen, ob es an dem regelmäßig ins Leere gehenden Versicherungsschutz festhalten will, wenn die Zugangsvoraussetzungen zu einer freiwilligen Versicherung mit Anspruch auf Krg entfallen sind. Sind die Zugangsvoraussetzungen entfallen, ist das Mitglied ungeachtet etwaiger Mindestbindungsfristen (vgl dazu jetzt [§ 44 Abs 2 S 2 SGB V](#) idF durch Art 15 Nr 1 des Gesetzes zur Änderung arzneimittelrechtlicher und anderer Vorschriften vom 17.7.2009, [BGBl I 1990](#)) berechtigt, beitragsrechtlich wirksam die freiwillige Versicherung ohne Anspruch auf Krg fortzuführen. Hält das Mitglied gleichwohl an der freiwilligen Versicherung mit Anspruch auf Krg fest, bleibt es zur Beitragszahlung nach dem erhöhten Beitragssatz nach [§ 242 SGB V](#) verpflichtet (bzw nach der gegenwärtigen Regelung vgl dazu BT Drucks 16/12256 S 64 zur Zahlung des allgemeinen Beitragssatzes nach [§ 241 SGB V](#) idF durch Art 1 Nr 17 Gesetz zur nachhaltigen und sozial ausgewogenen Finanzierung der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV Finanzierungsgesetz GKV-FinG)). Ein eventuell doch geltend gemachter Krg Anspruch scheitert am Fehlen eines erzielten regelmäßigen Arbeitseinkommens ([§ 47 Abs 1 S 1 SGB V](#)).

14 b) Der Kläger war nach den unangegriffenen, den Senat bindenden ([§ 163 SGG](#)) Feststellungen seit 1968 bei der Beklagten als selbstständig erwerbstätiger Taxifahrer mit Anspruch auf Krg versichert. Die im relevanten Zeitraum geltende Satzungsbestimmung der Beklagten (§ 23 Abs 2 Nr 3 Satzung vom 15.6.1998 idF des Nachtrags Nr 11 vom 18.12.2003) eröffnete auch einen Krg Anspruch für selbstständig Erwerbstätige. Sie sah vor: "Selbstständig Erwerbstätige, die im Fall der Arbeitsunfähigkeit ihr Einkommen ganz oder überwiegend verlieren, können beantragen, dass das Krankengeld a) vom Beginn der 3. Woche der Arbeitsunfähigkeit (15. Tag) oder b) vom Beginn der 7. Woche der Arbeitsunfähigkeit (43. Tag) an gezahlt wird."

15 c) Es kann offenbleiben, ob der Kläger, der nach den den Senat bindenden, weil unangegriffenen Feststellungen des LSG ([§ 163 SGG](#)) bis zum 30.11.2004 als selbstständiger Taxifahrer tatsächlich tätig war, bis einschließlich 14.8.2005 fortlaufend arbeitsunfähig oder ob er in Zeiten davor auch arbeitsfähig war, aber wegen Aufgabe seiner selbstständigen Erwerbstätigkeit als Taxifahrer keinen AU bedingten Einkommensausfall mehr hatte. Der vor dem SG am 26.7.2005 geschlossene Prozessvergleich trifft insoweit nur eine Regelung zum Krg Anspruch und begrenzt ihn unter Berücksichtigung des Zeitraums bis 26.7.2005 auf die Zeit bis 5.1.2005. Hieraus ergeben sich weder vertragliche Regelungen zur Dauer der AU als solcher noch zum Arbeitseinkommensausfall, der auf einer anderen Ursache als der vom Kläger angenommenen AU beruhen könnte. Der Anspruch des Klägers auf Krg für die Zeit vom 15.8. bis 5.9.2005 scheitert gleichwohl auch bei einer möglicherweise fortbestehenden selbstständigen Erwerbstätigkeit als Taxifahrer bereits am Wegfall der AU zum 15.8.2005. Die Somatisierungsstörung (ICD 10 GM F45.0) und die Dysthymie (ICD 10 GM F34.1) begründeten nach den Feststellungen des LSG entgegen den AU Feststellungen der Dres. A. , S. und W. ab dem 15.8.2005 keine AU mehr. Ab dem 15.8.2005 und vor dem 6.9.2005 war der Kläger danach auch nicht wegen einer anderen Erkrankung arbeitsunfähig.

16 Das LSG hat unter Hinweis auf das MDK-Gutachten und das vom SG bei dem Facharzt für Allgemeinmedizin und Diplompsychologen Br. eingeholte Gutachten eine über den 14.8.2005 hinaus fortbestehende AU aufgrund einer psychischen oder psychosomatischen Störung bei zugleich fehlender AU aufgrund einer anderen Erkrankung verneint. Der Senat ist an diese getroffene Feststellung gebunden, denn der Kläger hat diesbezüglich keine zulässigen und begründeten Revisionsgründe vorgebracht (vgl [§ 163 SGG](#)). Die Feststellungen des LSG hat der Kläger nicht mit einer die Voraussetzungen des [§ 164 Abs 2 S 3 SGG](#) erfüllenden Verfahrensrüge (vgl [BSGE 111, 168](#) = SozR 4 2500 § 31 Nr 22, RdNr 27 mwN) angegriffen. Er hat nicht die Tatsachen bezeichnet, die die gerügte Verletzung der Amtsermittlungspflicht nach [§ 103 SGG](#) ergeben. [§ 164 Abs 2 S 3 SGG](#) verlangt, dass der Rügende darzustellen hat, welche Umstände die Vorinstanz zu weiteren Ermittlungen hätte veranlassen müssen, welche Ermittlungen hätten vorgenommen werden müssen und zu welchem Ergebnis diese Ermittlungen geführt hätten. Der Kläger meint, der MDK Arzt Dr. B. habe ihm am 9.8.2005 keine Arbeitsfähigkeit bescheinigt. Diese Beurteilung sei auf dem Gutachtensformular nicht mit der Handschrift von Dr. B. eingetragen worden. Der Kläger hat im Rahmen der Schilderung des Sachverhalts ohne eine Aufklärungsrüge zu erheben in der Revisionsbegründung nur auf die unterschiedlichen Handschriften hingewiesen und angeregt, der erkennende Senat möge sich das handschriftlich ausgefüllte Original vorlegen lassen. Im Übrigen geht der Kläger nicht darauf ein, dass das LSG seine Entscheidung auch auf das vom SG bei dem Arzt Br. eingeholte Gutachten gestützt hat. Dieser hat unter Bezugnahme auf den von Dr. B. erhobenen Befund (Kläger klagsam und leidensorientiert, in keiner Weise depressiv) AU infolge einer psychischen Erkrankung ab dem 15.8.2005 verneint. Hiernach konnte eine erneute AU aufgrund der von Dr. A. erst am 8.9.2005 zurückreichend bis 6.9.2005 wegen Bronchitis festgestellten AU nicht vor dem 6.9.2005 eingetreten sein.

17 d) Selbst wenn der Kläger ab dem 6.9.2005 wegen der Bronchitis arbeitsunfähig gewesen sein sollte, worüber das LSG nach seiner Rechtsauffassung folgerichtig ausdrücklich keine Feststellungen getroffen hat, konnte der Krg Anspruch des Klägers schon nach den satzungsrechtlichen Regelungen der Beklagten nicht vor dem 23.9.2005 entstehen.

18 Die der Beklagten nach [§ 44 Abs 2 SGB V](#) eingeräumte Rechtsetzungscompetenz berechnete sie nur, in ihrer Satzung für freiwillig Versicherte den Krg Anspruch auszuschließen oder zu einem späteren als im Gesetz genannten Zeitpunkt entstehen zu lassen, nicht hingegen die Voraussetzungen für den nach der Satzung frühestmöglichen Beginn abweichend von [§ 46 SGB V](#) zu regeln. § 23 Abs 2 Nr 3 der Satzung der Beklagten sah Krg vom Beginn der dritten Woche (15. Tag) oder vom Beginn der siebten Woche (43. Tag) der AU an vor. Im Falle des [§ 46 S 1 Nr 2 SGB V](#) bedeutete dies, dass der Krg Anspruch ab dem 15. bzw dem 43. Tag, der dem Tag der ärztlichen AU Feststellung folgt, beginnen konnte. Der Kläger versicherte gemäß der Satzung sein AU Risiko und wählte als Anspruchsbeginn den 15. Tag. Dr. A. stellte am 8.9.2005 beim Kläger AU fest, so dass der 23.9.2005 der 15. Tag nach der Feststellung der AU war (zur Unbeachtlichkeit einer zeitlich rückbezogenen AU Feststellung für den Beginn des Krg Anspruchs vgl zB [BSGE 111, 9](#) = SozR 4 2500 § 192 Nr 5, RdNr 23 ff; BSG SozR 4 2500 § 46 Nr 2 RdNr 15 mwN).

19 2. Es steht nicht fest, dass alle Voraussetzungen für einen Anspruch auf Zahlung von Krg vom 23.9.2005 bis 30.11.2006 erfüllt sind. In dieser Zeit bestand zwar nach den Feststellungen des LSG Versicherungsschutz des Klägers fort (dazu a), doch fehlt es an Feststellungen dazu, dass der Kläger vom 8.9.2005 bis 30.11.2006 arbeitsunfähig war (dazu b) und die AU den Wegfall von Arbeitseinkommen überhaupt bewirken konnte. Daran würde es fehlen, wenn der Kläger seine Erwerbstätigkeit vor Eintritt der Krg-Anspruchsentstehung aufgegeben hat (dazu c).

20 a) Der Kläger war nach den dargelegten Grundsätzen auch im Zeitraum 23.9.2005 bis 30.11.2006 unverändert mit Anspruch auf Krg freiwillig versichert. Nach [§ 191 SGB V](#) endet die freiwillige Mitgliedschaft nur, wenn die Voraussetzungen eines der dort abschließend genannten vier Tatbestände erfüllt sind. Daran fehlte es.

21 Anders als bei den Pflichtversicherten kommt es auf einen fortlaufenden Bezug von Krg zur Aufrechterhaltung der Mitgliedschaft mit Anspruch auf Krg nicht an. Einer [§ 192 Abs 1 Nr 2 SGB V](#) entsprechenden Regelung, wonach die Mitgliedschaft Versicherungspflichtiger ua erhalten bleibt, solange Anspruch auf Krg besteht oder bezogen wird, sieht das Gesetz konsequenter Weise nicht vor. Denn bei freiwillig Versicherten ist anders als bei Versicherten nach [§ 5 Abs 1 Nr 1 SGB V](#) der Bestand des Versicherungsverhältnisses durch den Eintritt von AU nicht gefährdet (vgl BSG SozR 4 2500 § 44 Nr 11 RdNr 13; zur fortbestehenden Beitragspflicht trotz [§ 224 Abs 1 SGB V](#) vgl BSG SozR 4 2500 § 224 Nr 1 RdNr 6 ff, dort zum Erziehungsgeld; s ferner Peters in Kasseler Komm, Stand Dezember 2012, [§ 224 SGB V](#) RdNr 10). Bei mit Anspruch auf Krg freiwillig Versicherten kommt es insoweit nur darauf an, dass die Mitgliedschaft fortbesteht (vgl zu den Regelungsunterschieden des Endes der Mitgliedschaft [§ 190](#) und [§ 191 SGB V](#)). Das LSG hat nicht festgestellt, dass der Kläger im betroffenen Zeitraum zu irgendeinem Zeitpunkt seine Versicherung bei der Beklagten beendet hat. Hierfür findet sich in den Verfahrensakten im Übrigen auch kein Anhaltspunkt. Entgegen der Auffassung des LSG führt der Umstand, dass nach seinen den Senat bindenden ([§ 163 SGG](#)) Feststellungen der Kläger nach Wegfall der AU zum 15.8.2005 (vgl II.1.c) bis 23.9.2005 tatsächlich keiner Erwerbstätigkeit nachging, nicht dazu, dass der Kläger nicht mehr mit Anspruch auf Krg versichert war.

22 b) Das LSG hat von seinem Rechtsstandpunkt aus konsequent keine Feststellungen zur AU des Klägers vom 8.9.2005 bis 30.11.2006 getroffen. Die Vorschriften über das Krg enthalten keine spezifischen Regelungen und Maßstäbe für die Feststellung der AU bei hauptberuflich selbstständig Erwerbstätigen. Insoweit gilt nichts anderes als bei der Prüfung des Eintritts der AU abhängig Beschäftigter (vgl BSG SozR 4 2500 § 44 Nr 11 RdNr 12 f mwN). Wie bei diesen ist im Falle der selbstständig Erwerbstätigen die im Zeitpunkt des Eintritts der AU konkret ausgeübte Erwerbstätigkeit maßgeblich.

23 c) Soweit AU des Klägers ab 8.9.2005 über den 22.9.2005 hinaus feststeht, muss der Eintritt der AU den Kläger daran gehindert haben, Arbeitseinkommen zu erzielen. Daran fehlt es, wenn der Kläger schon vor AU Beginn seine Erwerbstätigkeit aufgegeben hat. Krg kann grundsätzlich nur als Ersatz für diejenigen Einkünfte beansprucht werden, die der Versicherte vor Eintritt der AU bzw vor Beginn der stationären Behandlung als Arbeitsentgelt oder Arbeitseinkommen (tatsächlich) bezogen hat und die wegen der Erkrankung entfallen (vgl [BSGE 96, 246](#) = SozR 4 2500 § 47 Nr 4, RdNr 23 ff, auch zu den Ausnahmen vom strengen Zuflussprinzip; BSG SozR 4 2500 § 47 Nr 8 RdNr 24; BSG Urteil vom 6.11.2008 B [1 KR 8/08](#) R Juris RdNr 12 mwN = USK 2008-128). Dies gilt auch für Versicherte, die wie der Kläger keine Arbeitnehmer sind. So bemisst sich bei hauptberuflich selbstständig Erwerbstätigen das Krg nach dem erzielten Arbeitseinkommen und nicht nach dem für die Beitragsbemessung maßgebenden Mindesteinkommen ([BSGE 92, 260](#) = SozR 4 2500 § 47 Nr 1; BSG Urteil vom 7.12.2004 B [1 KR 17/04](#) R USK 2004-61; BSG SozR 4 2500 § 47 Nr 10 RdNr 11 mwN).

24 Bei freiwillig versicherten hauptberuflich Selbstständigen ist das Krg nach [§ 47 Abs 4 S 2 SGB V](#) nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats im Sinne einer widerlegbaren Vermutung nach dem Regelentgelt zu berechnen, das dem Betrag entspricht, aus dem zuletzt vor Eintritt der AU Beiträge entrichtet worden sind. So kann in den Fällen der fiktiven Beitragsbemessung nach [§ 240 Abs 4 S 2 SGB V](#) wegen der Entgeltersatzfunktion des Krg grundsätzlich nicht auf das der Beitragsbemessung zugrunde liegende Arbeitseinkommen zurückgegriffen werden. Die Vermutung kann widerlegt werden, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass dieses Einkommen erkennbar nicht der tatsächlichen wirtschaftlichen Situation des Versicherten vor Eintritt der AU entspricht, weil sein tatsächliches Arbeitseinkommen wesentlich geringer war (vgl [BSGE 98, 43](#) = SozR 4 2500 § 47 Nr 7, RdNr 9, in Abgrenzung zu [BSGE 92, 260](#) = SozR 4 2500 § 47 Nr 1; BSG SozR 4 2500 § 47 Nr 10 RdNr 13 mwN). Dieser Grundsatz gilt erst recht, wenn der Versicherte vor Eintritt der AU, also aus hiervon unabhängigen Gründen seine Erwerbstätigkeit völlig eingestellt hat. Dem entspricht es sinngemäß, dass der erkennende Senat andererseits ohne weitere Ermittlungsnotwendigkeiten anzunehmen davon ausgeht, dass ein vollständiger Verlust des Arbeitseinkommens durch AU eintritt, wenn der Versicherte vor Beginn der AU im Unternehmen hauptberuflich persönlich mitgearbeitet hat und diese Mitarbeit nunmehr aufgrund der AU entfällt (vgl [BSGE 98, 43](#) = SozR 4 2500 § 47 Nr 7, RdNr 17).

25 Der Kläger hat dementsprechend dann der Höhe nach keinen Anspruch auf Krg, wenn er seine Erwerbstätigkeit als Taxifahrer bis zu Beginn des 23.9.2005 bereits endgültig aufgegeben hat und ein AU bedingter Ausfall von Arbeitseinkommen ab diesem Zeitpunkt ausgeschlossen ist (dazu aa). Unschädlich für den Krg Anspruch ist hingegen die Aufgabe der Erwerbstätigkeit nach Entstehung des Krg Anspruchs (dazu bb).

26 aa) Das bloße Unterlassen der Erzielung von Arbeitseinkommen infolge ärztlich festgestellter AU, die sich im Rechtsstreit über Krg nicht bestätigt, lässt die Grundlage für einen Zahlungsanspruch auf Krg nicht entfallen. Dazu bedarf es vielmehr der Feststellung, dass der Versicherte seine Erwerbstätigkeit vor Eintritt der Anspruchsentstehung aufgegeben hat. So liegt es etwa, wenn der Versicherte zu diesem Zeitpunkt unabhängig von einer vermeintlichen AU keiner Erwerbstätigkeit mehr nachgehen will und diesen Entschluss umsetzt, oder wenn

er aus anderen als medizinischen Gründen einer Erwerbstätigkeit nicht mehr nachgehen kann. Übt der Versicherte auf der Grundlage ärztlicher AU Feststellungen in gutem Glauben, arbeitsunfähig zu sein, aktuell keine Erwerbstätigkeit aus, um Arbeitseinkommen zu erzielen und stellt sich nachträglich heraus, dass die ärztliche Einschätzung unzutreffend war, unterlässt der Versicherte auch dann nur aus Gründen der AU seine Tätigkeit.

27 bb) Ist der mit Anspruch auf Krg freiwillig Versicherte bei Eintritt der AU erwerbstätig, ist es für die Fortdauer seines Krg Anspruchs unerheblich, dass er den bisherigen Betrieb seines Unternehmens bzw den zur Ausübung der selbstständigen Tätigkeit notwendigen rechtlichen (zB behördliche Genehmigungen) und wirtschaftlichen Rahmen nach der Entstehung des Krg Anspruchs aufrechterhält. Krg kann grundsätzlich nur als Ersatz für diejenigen Einkünfte beansprucht werden, die der Versicherte vor Eintritt der AU bzw vor Beginn der stationären Behandlung als Arbeitsentgelt oder Arbeitseinkommen bezogen hat und die wegen der Erkrankung entfallen (stRspr, vgl [BSGE 96, 246](#) = [SozR 4-2500 § 47 Nr 4](#), RdNr 20 mwN). Der Gesetzgeber hat der Berechnung des Krg die sog Bezugs bzw Referenzmethode bewusst zugrunde gelegt, die im Gegensatz zum Lohnausfallprinzip unberücksichtigt lässt, wie sich das Arbeitsentgelt außerhalb des Bezugs bzw des Bemessungszeitraums, insbesondere nach Eintritt des Leistungsfalles, entwickelt (stRspr, vgl [BSGE 96, 246](#) = [SozR 4 2500 § 47 Nr 4](#), RdNr 21 mwN). Es kommt dementsprechend nach der gesetzlichen Konzeption während des Krg Bezugs nicht darauf an, dass der Versicherte ohne die eingetretene AU die bisherige Erwerbstätigkeit fortsetzen könnte. Aus den [§§ 49](#) ff SGB V geht nicht hervor, dass dem Versicherten nach Entstehung des Krg Anspruchs die wirtschaftliche und die gesundheitliche Möglichkeit verbleiben muss, seine bisherige Tätigkeit fortzusetzen. Dies entspricht auch dem Schutzzweck des Krg (vgl [BSGE 96, 246](#) = [SozR 4 2500 § 47 Nr 4](#), RdNr 21 f mwN).

28 3. Die Entscheidung des LSG erweist sich auch weder ganz noch teilweise aus anderen Gründen als zutreffend. Das LSG hat nichts festgestellt, was einen Ausschluss des Anspruchs nach [§ 48 Abs 2 SGB V](#) begründen könnte.

29 4. Das LSG wird nunmehr zu ermitteln haben, dass der Kläger vom 8.9.2005 bis 30.11.2006 arbeitsunfähig war. Soweit danach AU des Klägers ab 8.9.2005 über den 22.9.2005 hinaus feststeht, hat das LSG zudem zu ermitteln, dass der Kläger zu irgendeinem Zeitpunkt vor dem 23.9.2005 seine Erwerbstätigkeit endgültig aufgegeben hat und dass ein durch AU bedingter Ausfall von Arbeitseinkommen ab diesem Zeitpunkt ausgeschlossen ist. Insoweit wird das LSG insbesondere zu prüfen haben, dass der Kläger sein Gewerbe abmeldete, sich vorhandener sächlicher Betriebsmittel entledigte und behördliche Genehmigungen (vgl § 2 Personenbeförderungsgesetz) bis zum 23.9.2005 für ihn erloschen.

30 5. Die Kostenentscheidung bleibt dem LSG vorbehalten.

Rechtskraft

Aus

Login

BRD

Saved

2013-11-08