

# BUNDESSOZIALGERICHT



## Beschluss in dem Rechtsstreit

**Az: B 1 KR 85/08 B**

L 4 KR 96/06 (LSG Niedersachsen-Bremen)  
S 6 KR 1146/04 (SG Hannover)

.....,

Kläger, Beschwerdeführer  
und Antragsteller,

Prozessbevollmächtigter:

.....,

g e g e n

Kaufmännische Krankenkasse - KKH,  
Karl-Wiechert-Allee 61, 30625 Hannover,

Beklagte und Beschwerdegegnerin.

Der 1. Senat des Bundessozialgerichts hat am 24. Juli 2009 durch den Richter  
Dr. K r e t s c h m e r als Vorsitzenden, den Richter Dr. H a u c k und die Richterin  
Dr. B r a n d t s beschlossen:

Der Antrag des Klägers, ihm für das Verfahren der Beschwerde wegen Nichtzulassung der  
Revision im Beschluss des Landessozialgerichts Niedersachsen-Bremen vom 6. Oktober 2008  
Prozesskostenhilfe unter Beordnung von Rechtsanwalt S. , H. , zu gewähren,  
wird abgelehnt.

Die Beschwerde des Klägers gegen die Nichtzulassung der Revision im Beschluss des  
Landessozialgerichts Niedersachsen-Bremen vom 6. Oktober 2008 wird als unzulässig ver-  
worfen.

Kosten des Beschwerdeverfahrens sind nicht zu erstatten.



**JLaw – Gesetze und Urteile**  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile  
[\(mobile App\)](#)



## Gründe :

## I

- 1 Der bei der beklagten Ersatzkasse freiwillig versicherte Kläger, selbstständiger Kaufmann, ist mit seinem Begehren, von der Beklagten Krankengeld in der Zeit vom 12.11. bis 31.12.2003 in Höhe von 80,05 Euro kalendertäglich und in der Zeit vom 1.1. bis 30.6.2004 in Höhe von 81,31 Euro täglich zu erhalten, in den Vorinstanzen in der Sache ohne Erfolg geblieben. Zur Begründung hat das Landessozialgericht (LSG) ua unter Hinweis auf das Urteil des Bundessozialgerichts (BSG) vom 14.12.2006 (*BSGE* 98, 43 = *SozR* 4-2500 § 47 Nr 7) ausgeführt: Soweit ein freiwillig versicherter Selbstständiger - wie der Kläger - zum Zeitpunkt des Eintritts von Arbeitsunfähigkeit zwar Höchstbeiträge unter Berücksichtigung der Beitragsbemessungsgrenze gezahlt habe, sein zu diesem Zeitpunkt tatsächlich erzielter Einkommen aber erkennbar geringer sei, sei die Vermutung in § 47 Abs 4 Satz 2 SGB V widerlegt, dass die Beitragsbemessung sein Arbeitseinkommen zutreffend widerspiegele. Da der Kläger - wie aus dem Einkommensteuerbescheiden für 2003 und 2004 hervorgehe - in dieser Zeit keine positiven Einkünfte erzielt habe, sei Krankengeld demnach nicht zu gewähren. Der Kläger könne sich nicht darauf berufen, dass die Beklagte in ihrem Bescheid vom 30.7.2004 zunächst den Einkommensteuerbescheid aus dem Jahr 2001 für einen geeigneten Einkommensnachweis gehalten habe. An die darin liegende Zusicherung sei die Beklagte unter Berücksichtigung der Regelung in § 34 Abs 3 SGB X nicht gebunden. Nachfolgende Ermittlungen der Beklagten hätten ergeben, dass die tatsächlichen Einkommensverhältnisse des Klägers sowohl vor 2001 als auch danach deutlich geringer gewesen seien als die, die seiner Beitragsbemessung zugrunde gelegen hätten. Auf Vertrauensschutz und die damit verbundenen kurzen Fristen könne sich der Kläger gemäß § 45 Abs 2 Satz 3 Nr 2 SGB X nicht berufen, weil er im Hinblick auf seine Einkommensverhältnisse gegenüber der Beklagten zumindest grob fahrlässig in wesentlicher Beziehung unrichtige bzw gar keine Angaben gemacht habe (Beschluss vom 6.10.2008).
- 2 Mit seiner Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision im LSG-Beschluss beruft der Kläger sich in seiner Begründung vom 9.1.2009 auf die grundsätzliche Bedeutung der Rechtsache und Verfahrensfehler. Er begehrt ferner die Bewilligung von Prozesskostenhilfe (PKH) unter Beordnung von Rechtsanwalt S. , H. (Schriftsatz vom 27.11.2008).

## II

- 3 1. Der Antrag des Klägers auf Gewährung von PKH unter Beordnung seines anwaltlichen Bevollmächtigten ist abzulehnen.



- 4 Nach § 73a Abs 1 Satz 1 SGG iVm §§ 114, 121 ZPO kann einem bedürftigen Beteiligten für das Beschwerdeverfahren vor dem BSG nur dann PKH bewilligt und ein Rechtsanwalt beigeordnet werden, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet. Das ist hier nicht der Fall.
- 5 Die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision bietet keine hinreichende Aussicht auf Erfolg. Das BSG darf die hier angestrebte Revision gegen eine Entscheidung des LSG nur zulassen, wenn die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat, das angefochtene Urteil von der höchstrichterlichen Rechtsprechung abweicht oder Verfahrensmängel geltend gemacht werden und tatsächlich vorliegen, auf denen die angefochtene Entscheidung beruhen kann (Zulassungsgründe gemäß § 160 Abs 2 Nr 1 bis 3 SGG).
- 6 Die bereits mit einer bestimmten Begründung versehene Beschwerde des Klägers ist unzulässig, denn sie entspricht - aus den unten unter 3. genannten Gründen - nicht den aus § 160a Abs 2 Satz 3 SGG abzuleitenden Anforderungen an die Darlegung der geltend gemachten Revisionszulassungsgründe der grundsätzlichen Bedeutung und des Verfahrensfehlers (Zulassungsgründe gemäß § 160 Abs 2 Nr 1 und 3 SGG).
- 7 Auch nach Durchsicht der Akten ergeben sich bei der gebotenen summarischen Prüfung der Erfolgsaussicht der Nichtzulassungsbeschwerde keine Hinweise darauf, dass einer der vorgenannten Gründe vorliegen könnte. Weder aus dem Akteninhalt noch aus dem Klägervorbringen wird deutlich, worin - ausgehend von den rechtlichen Erwägungen des LSG - eine grundsätzliche, über den Fall des Klägers hinausgehende allgemeine Bedeutung liegen könnte, die rechtliche Fragestellungen aufwirft, welche von der im LSG-Beschluss zum Teil zitierten Rechtsprechung des Senats noch nicht geklärt worden sind. Ebenso wenig ergeben sich Anhaltspunkte dafür, dass der angefochtene Beschluss von der höchstrichterlichen Rechtsprechung abweicht oder dem LSG Verfahrensfehler unterlaufen sein könnten, auf denen der Beschluss beruhen kann. Insbesondere eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, auf dem die Entscheidung des LSG beruhen könnte, ist aus den unter 3 b) genannten Gründen nicht ersichtlich.
- 8 2. Da dem Kläger keine PKH zusteht, ist auch der Antrag auf Beiordnung des Rechtsanwaltes S. abzulehnen (§ 121 Abs 1 ZPO).
- 9 3. Die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision ist unzulässig und daher gemäß § 160a Abs 4 Satz 1 Halbsatz 2 SGG iVm § 169 Satz 2 SGG zu verwerfen. Ihre Begründung entspricht nicht den aus § 160a Abs 2 Satz 3 SGG abzuleitenden Anforderungen an die Darlegung der geltend gemachten Revisionszulassungsgründe der grundsätzlichen Bedeutung und des Verfahrensfehlers (Zulassungsgründe gemäß § 160 Abs 2 Nr 1 und 3 SGG).



- 10 a) Wer sich auf den Zulassungsgrund der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache beruft, muss gemäß § 160a Abs 2 Satz 3 SGG eine Rechtsfrage klar formulieren und ausführen, inwiefern diese Frage im angestrebten Revisionsverfahren entscheidungserheblich sowie klärungsbedürftig und über den Einzelfall hinaus von Bedeutung ist (*vgl zB BSG SozR 3-1500 § 160a Nr 21 S 38; BSG SozR 3-4100 § 111 Nr 1 S 2 f; s auch BSG SozR 3-2500 § 240 Nr 33 S 151 f mwN*). Zwar formuliert der Kläger folgende Rechtsfragen:
- Ist es bei selbstständig tätigen Versicherten, die, wie der Kläger, in den letzten Jahren vor der betreffenden Erkrankung, für deren Zeitdauer die Zahlung von Krankengeld begehrt wird, überwiegend nicht arbeitsfähig, sondern nahezu ständig erkrankt waren, überhaupt möglich und zulässig, die Vermutung des § 47 Abs 4 Satz 2 SGB V, wonach für die Bemessung des Krankengeldes ein Regelentgelt zugrunde zu legen ist, das dem Betrag entspricht, aus dem zuletzt vor Eintritt der Arbeitsunfähigkeit freiwillige Beiträge entrichtet worden sind, durch eine wie auch immer zu tätige Ermittlung des in den jeweils kurzen Zeiträumen zwischen den einzelnen Krankheitsphasen tatsächlich erzielten Arbeitseinkommens zu widerlegen?
  - Wie lang muss der Zeitraum bemessen sein, in dem der Versicherte in einem solchen Falle zwischen den einzelnen Krankheitsphasen arbeitsfähig war bzw welche Kriterien sind an die Auswahl eines entsprechenden Referenzzeitraums in einem solchen Falle sachgerecht anzulegen, um aus den darin erzielten Einkünften sichere Rückschlüsse über ein tatsächlich erzieltetes Regelentgelt, das geeignet wäre, die Fiktion des § 47 Abs 4 Satz 2 SGB V zu widerlegen, ziehen zu können?
- 11 Er legt jedoch nicht hinreichend dar, dass diese Rechtsfragen durch eine Revisionsentscheidung klärungsbedürftig sind. Eine Rechtsfrage ist in der Regel nicht mehr klärungsbedürftig, wenn sie bereits von der höchstgerichtlichen Rechtsprechung entschieden worden ist (*vgl BSG SozR 3-1500 § 160 Nr 8 S 17; BSG SozR 1500 § 160 Nr 51 S 52 mwN*). Unter diesem Blickwinkel würdigt die Beschwerdebegründung nicht hinreichend, dass die zitierten Urteile des BSG vom 30.3.2004 (*BSGE 92, 260 = SozR 4-2500 § 47 Nr 1*) und vom 14.12.2006 (*BSGE 98, 43 = SozR 4-2500 § 47 Nr 7*) die rechtlichen Grundlagen für die Beantwortung beider Fragen enthalten.
- 12 Zwar legt der Kläger bezogen auf die erste Rechtsfrage umfangreich seine langen Krankheitsphasen in den letzten Jahren dar und führt aus, dass zwischen dem Ende der vorangegangenen Erkrankung am 21.7.2003 und dem Beginn der hier in Rede stehenden neuen Erkrankung am 12.11.2003 ein Zeitraum der Arbeitsfähigkeit von nicht einmal 3,5 Monaten gelegen habe. Nicht ersichtlich ist allerdings, warum diese Ausführungen dafür sprechen sollten, dass die vom BSG aufgestellte Vermutung im Fall des Klägers unwiderlegbar sein müsse. Der Umstand, dass in den letzten Jahren vor Eintritt der Arbeitsunfähigkeit gehäuft Arbeitsunfähigkeitszeiten auf-



getreten sind, spricht nämlich nicht gegen, sondern wegen der Entgeltersatzfunktion des Krankengeldes für die Widerlegung der Vermutung. Bestehen - wie im Falle des Klägers - konkrete Anhaltspunkte dafür, dass der Betrag, welcher zuletzt vor Eintritt der Arbeitsunfähigkeit der Beitragsbemessung zugrunde lag, hinsichtlich des Arbeitseinkommens erkennbar nicht der tatsächlichen wirtschaftlichen Situation des Versicherten vor Eintritt der Arbeitsunfähigkeit entspricht, weil sein tatsächliches Einkommen wesentlich geringer war, ist nach der Rechtsprechung des BSG eine möglichst zeitnahe Ermittlung des maßgeblichen Arbeitseinkommens anzustreben. Zurückzugreifen ist in der Regel auf den letzten, vor Eintritt der Arbeitsunfähigkeit vom zuständigen Finanzamt erteilten Steuerbescheid; liegt dieser nicht vor, so ist das Arbeitseinkommen dieses Veranlagungszeitraums aufgrund der steuerrechtlich vorgeschriebenen Aufzeichnungen von der Krankenkasse von Amts wegen zu ermitteln (*so ausdrücklich BSGE 98, 43 = SozR 4-2500 § 47 Nr 7, jeweils RdNr 15; vgl auch BSG, Urteil vom 6.11.2008 - B 1 KR 8/08 R, in juris dokumentiert*). Für die Ermittlung des für das Regelentgelt maßgeblichen Arbeitseinkommens wird an das Einkommensteuerrecht angeknüpft, nach dem das Kalenderjahr der Veranlagungszeitraum ist (*BSG, Urteil vom 6.11.2008 - B 1 KR 8/08 R, in juris dokumentiert*). Diese Grundsätze führen bei fehlenden Einkünften in dem maßgeblichen Referenzzeitraum dazu, dass dem Versicherten kein Anspruch auf Krankengeld zusteht. Dies entspricht der Entgeltersatzfunktion des Krankengeldes, die auch bei hauptberuflich selbstständig Erwerbstätigen gewahrt bleiben muss (*vgl ausführlich BSGE 92, 260 = SozR 4-2500 § 47 Nr 1, jeweils RdNr 6 ff*). Mit diesen Ausführungen des BSG, die im Übrigen auch den fehlenden Verstoß gegen Verfassungsrecht umfassen (*BSG, aaO, RdNr 15 ff*), setzt sich der Kläger nicht auseinander.

- 13 Der Kläger legt auch die Klärungsbedürftigkeit der zweiten Rechtsfrage angesichts der Rechtsprechung des BSG nicht hinreichend dar. Insoweit hätte es einer Auseinandersetzung damit bedurft, dass § 47 Abs 4 Satz 2 SGB V das Arbeitseinkommen als für die Ermittlung des Regelentgelts maßgeblich ansieht. § 15 Abs 1 Satz 1 SGB IV definiert es als den nach dem allgemeinen Gewinnermittlungsvorschriften des Einkommensteuerrechts ermittelten Gewinn aus einer selbstständigen Tätigkeit. Auch sozialversicherungsrechtlich muss mithin auf das Kalenderjahr als dem steuerrechtlich maßgeblichen Veranlagungszeitraum abgestellt werden. Auszugehen ist - wie bereits oben ausgeführt - grundsätzlich von dem letzten, vor dem Eintritt der Arbeitsunfähigkeit erteilten Steuerbescheid; wenn dieser Steuerbescheid noch nicht erlassen ist - ist der Gewinn auf anderem Wege durch die zuständige Krankenkasse von Amts wegen zu ermitteln (*BSGE 98, 43 = SozR 4-2500 § 47 Nr 7 RdNr 15*). Weshalb es angesichts dieser Ausführungen des BSG zweifelhaft sein sollte, dass es auf das Kalenderjahr - unabhängig von der Dauer der Krankheitsphasen - ankommt, thematisiert der Kläger nicht. Hierzu hätte es allerdings gerade angesichts des Gesetzeswortlauts und der Entgeltersatzfunktion des Krankengeldes detaillierter Ausführungen bedurft.



- 14 Ein Fortbestehen des Bedürfnisses nach Klärung in einem erneuten Revisionsverfahren wäre unter Berücksichtigung der aufgezeigten BSG-Rechtsprechung nur unter besonderen Umständen zu erkennen. Dazu müsste dargelegt werden, dass die Rechtsfrage erneut klärungsbedürftig geworden ist, zB weil der vorliegenden Rechtsprechung in nicht geringem Umfange widersprochen wurde, weil neue Entwicklungen in der Rechtsprechung eingetreten sind oder weil Rechtsänderungen Anlass zu einer neuen Interpretation geben (*vgl zum Ganzen zB Leitherer in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 9. Aufl 2008, § 160 RdNr 8 b und c, § 160a RdNr 14g mwN*). Das geschieht nicht.
- 15 b) Die Beschwerdebegründung bezeichnet auch nicht den Verfahrensmangel der Versagung rechtlichen Gehörs (§ 62 SGG) in der rechtlich gebotenen Weise. Nach § 160 Abs 2 Nr 3 SGG ist die Revision nur zuzulassen, wenn ein Verfahrensmangel geltend gemacht wird, auf dem die angefochtene Entscheidung beruhen kann. Zur Bezeichnung eines derartigen Verfahrensmangels (§ 160 Abs 2 Satz 3 SGG) sind diejenigen Tatsachen, aus denen er sich ergeben soll, substantiiert darzutun (*vgl BSG SozR 1500 § 160a Nr 14; 24; 34; 36*). Darüber hinaus ist die Darlegung erforderlich, inwiefern die Entscheidung des LSG ausgehend von dessen materieller Rechtsansicht auf dem Mangel beruhen kann (*vgl BSG, Beschluss vom 9.2.2005 - B 10 KG 9/04 B, in juris dokumentiert; BSG SozR 1500 § 160a Nr 14 mwN*). Dem wird die Beschwerdebegründung nicht gerecht.
- 16 Der Anspruch eines Beteiligten auf rechtliches Gehör im Sinne der §§ 62, 128 Abs 2 SGG ist verletzt, wenn das Gericht seine Entscheidung auf Tatsachen und Beweisergebnisse stützt, zu denen sich der Beteiligte nicht äußern konnte (*BSG SozR 3-1500 § 62 Nr 12 S 19 mwN*). Zwar legt der Kläger eine Verletzung rechtlichen Gehörs dar, indem er aufzeigt, dass die Annahme des LSG, er habe im Hinblick auf seine Einkommensverhältnisse gegenüber der Beklagten zumindest grob fahrlässig in wesentlicher Beziehung unrichtige bzw gar keine Angaben gemacht und ihm sei deshalb der Vertrauensschutz im Rahmen des § 45 Abs 2 SGB X zu versagen, überraschend und fernliegend war.
- 17 Der Kläger führt aber nicht hinreichend aus, dass die Entscheidung des LSG auf der Gehörsverletzung beruhen kann. Er übersieht, dass das LSG die Rücknahme der angeblichen Zusicherung in dem Bescheid vom 30.7.2004, die Einkommensverhältnisse des Jahres 2001 zugrunde zu legen, auf eine weitere Rechtsgrundlage - die Anwendung des § 34 Abs 3 SGB X - gestützt hat. Hierzu finden sich in der Beschwerdebegründung keine Ausführungen. Sie wären umso notwendiger gewesen, als das LSG den Kläger auf seine Rechtsansicht, die Beklagte sei an die Zusicherung nach § 34 Abs 3 SGB X nicht mehr gebunden, im Hinblick auf die beabsichtigte Entscheidung nach § 153 Abs 4 SGG vorab auch hingewiesen hatte (Schreiben vom 7.7.2008). Der Kläger hat demnach schon nicht hinreichend dargelegt, inwiefern die Entscheidung des LSG ausgehend von seiner materiellen Rechtsansicht auf der Verletzung des rechtlichen Gehörs im Hinblick auf die weitere angebliche Rücknahmemöglichkeit nach § 45



SGB X beruhen kann. Dahingestellt bleiben kann deshalb, ob sich die Darlegungspflicht in Bezug auf die Kausalität des Verfahrensfehlers für die Entscheidung des LSG (Versagung des Krankengelds) auch darauf hätte erstrecken müssen, dass der in dem Bescheid vom 30.7.2004 enthaltene Hinweis auf den Einkommensteuerbescheid 2001 die gesetzlichen Voraussetzungen einer Zusicherung gemäß § 34 Abs 1 Satz 1 SGB X erfüllt.

- 18 4. Von einer weiteren Begründung sieht der Senat analog § 160a Abs 4 Satz 2 Halbsatz 2 SGG ab.
- 19 5. Die Kostenentscheidung beruht auf der entsprechenden Anwendung des § 193 SGG.

