

BUNDESSOZIALGERICHT



Beschluss in dem Rechtsstreit

Az: B 1 KR 99/13 B

L 8 KR 172/10 (Hessisches LSG)
S 6 KR 7/07 (SG Marburg)

.....,

Kläger und Beschwerdeführer,

Prozessbevollmächtigter:
(Mandat niedergelegt, angezeigt am 30.6.2014)

.....,

g e g e n

AOK Rheinland-Pfalz/Saarland - Die Gesundheitskasse,
Virchowstraße 30, 67304 Eisenberg,

Beklagte und Beschwerdegegnerin.

Der 1. Senat des Bundessozialgerichts hat am 1. Juli 2014 durch den
Präsidenten M a s u c h , die Richter Prof. Dr. H a u c k und Dr. E s t e l m a n n sowie
den ehrenamtlichen Richter S i l l e r und die ehrenamtliche Richterin G e p p e r t
beschlossen:

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde des Klägers wird das Urteil des Hessischen Landessozial-
gerichts vom 29. August 2013 aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zu-
rückverwiesen.



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



Gründe :

I

- 1 Der bei der beklagten Krankenkasse versicherte Kläger war seit 16.6.2003 als Auslieferungsfahrer beschäftigt. Er bezog nach einem die Schulter betreffenden Arbeitsunfall (20.6.2003) zunächst Verletztengeld und später wegen unfallunabhängiger Schulterbeschwerden Krankengeld (Krg) bis zum Ablauf der Höchstbezugsdauer (17.12.2004). Er nahm am nächsten Tag die Arbeit wieder auf, stellte sie aber nach wenigen Stunden wegen Magenschmerzen wieder ein. Ein Arzt stellte bei ihm Arbeitsunfähigkeit (AU) vom 18.12.2004 bis 13.1.2005 fest (*Bescheinigung vom 18.12.2004*). Nach erneutem Arbeitsantritt am 14.1.2005 bescheinigte ihm ein Arzt wegen eines viralen Infekts AU vom 14. bis 24.1.2005. Die Beklagte stellte schriftlich fest, die Mitgliedschaft des Klägers habe mit Ablauf des 17.12.2004 geendet. Es bestehe ein nachgehender Leistungsanspruch für einen Monat (24.1.2005). Am 25.1.2005 trat der Kläger seine Arbeit nicht an. Ein Arzt attestierte ihm wegen schmerzhafter Schwellung seines linken Knies AU vom 25.1. bis 21.2.2005. Er erhielt am gleichen Tag ärztliche Behandlung (ua Punktion; Diagnose: aktivierte Gonarthrose und Adipositas) und vom Arzt für Allgemeinmedizin Dr. D in der Folgezeit AU-Bescheinigungen bis 31.7.2006. Der Kläger legte gegen die Aussteuerung Widerspruch ein (*18.2.2005*). Das Arbeitsgericht Wiesbaden verurteilte den Arbeitgeber aufgrund seiner Rücknahme der Kündigung des Arbeitsverhältnisses, Arbeitsentgelt für die Zeit vom 18.12.2004 bis 7.3.2005 in Höhe von 7290 Euro brutto fortzuzahlen (*Urteil vom 11.4.2005*). Die Beklagte stellte fest, die Mitgliedschaft des Klägers bestehe über den 17.12.2004 hinaus fort. Anspruch auf Krg habe er jedoch nicht, weil er mit seinem Arbeitgeber bezüglich Schulterbeschwerden eine leidensgerechte Tätigkeit vereinbart habe (*Bescheid vom 23.5.2005*).
- 2 Das SG hat die Beklagte zur Zahlung von Krg vom 8.3. bis 16.6.2005 verurteilt und insoweit seine Mitgliedschaft bei der Beklagten festgestellt, die weitergehende Klage auf Mitgliedschaftsfeststellung und Krg-Zahlung bis 1.8.2006 dagegen abgewiesen (*Urteil vom 5.5.2010*). Das LSG hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Die Klage auf Feststellung des Fortbestehens der Mitgliedschaft bis zum 1.8.2006 sei mangels Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig, die Klage auf Zahlung von Krg über den 16.6.2005 hinaus sei unbegründet. Das Fehlen eines Widerspruchsverfahrens stehe einem Sachurteil nicht entgegen. Für die Beurteilung der AU sei auf die Tätigkeit als Auslieferungsfahrer mit Tragen von Lasten und häufigerem Treppensteigen abzustellen. AU des Klägers für diese Tätigkeit ab 17.6.2005 sei nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme für das LSG nicht nachvollziehbar. Es habe der vom Kläger beantragten Einvernahme nicht bedurft. Die Beurteilung der AU sei eine medizinische Frage, die die benannten nichtärztlichen Zeugen nicht verlässlich beantworten könnten. Dr. D habe sich bereits umfassend zum maßgeblichen Sachverhalt geäußert (*im Schreiben vom 16.7.2009*). Die weiteren Beweisthemen seien rechtlich unerheblich oder könnten als wahr unterstellt werden (*Urteil vom 29.8.2013*).



- 3 Mit seiner Beschwerde wendet sich der Kläger gegen die Nichtzulassung der Revision im LSG-Urteil.

II

- 4 Soweit die Beschwerde des Klägers zulässig ist (*dazu 1.*), ist sie begründet (*dazu 2.*) mit der Folge, dass die Sache zurückzuverweisen ist (*dazu 3.*).
- 5 1. Die Beschwerde des Klägers gegen die Nichtzulassung der Revision im LSG-Urteil ist unzulässig, soweit er Divergenz, die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache, die Unrichtigkeit des LSG-Urteils und die Verletzung des § 128 Abs 1 S 1 SGG und des § 109 SGG als Verfahrensfehler rügt (*dazu a*), im Übrigen zulässig (*dazu b*).
- 6 a) Die Beschwerde des Klägers gegen die Nichtzulassung der Revision im LSG-Urteil ist unzulässig, soweit er eine Divergenz insbesondere mit Blick auf die Feststellung des LSG zur Bekanntgabe des Bescheids vom 23.5.2005 rügt. Er legt eine Divergenz nicht ausreichend dar. Wer eine Rechtsprechungsdivergenz entsprechend den Gesetzesanforderungen darlegen will, muss entscheidungstragende abstrakte Rechtssätze in der Entscheidung des Berufungsgerichts einerseits und im herangezogenen höchstrichterlichen Urteil andererseits gegenüberstellen und dazu ausführen, weshalb beide miteinander unvereinbar sein sollen (*vgl zB Beschluss vom 28.7.2009 - B 1 KR 31/09 B - RdNr 4; BSG Beschluss vom 28.6.2010 - B 1 KR 26/10 B - RdNr 4; BSG Beschluss vom 22.10.2010 - B 1 KR 100/10 B - Juris RdNr 4 mwN*). Erforderlich ist, dass das LSG bewusst einen abweichenden Rechtssatz aufgestellt und nicht etwa lediglich fehlerhaft das Recht angewendet hat (*vgl zB BSG Beschluss vom 15.1.2007 - B 1 KR 149/06 B - RdNr 4; BSG SozR 3-1500 § 160 Nr 26 S 44 f mwN*). An der Darlegung eines vom LSG bewusst abweichend von höchstrichterlicher Rechtsprechung aufgestellten Rechtssatzes fehlt es.
- 7 Der Kläger legt auch die für eine grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache notwendigen Voraussetzungen nicht in der gesetzlich gebotenen Weise dar. Wer sich auf den Zulassungsgrund der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache beruft, muss 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; BSG SozR 3-2500 § 240 Nr 33 S 151 f mwN*). An der Darlegung eines Klärungsbedarfs trotz einschlägiger Rechtsprechung des BSG fehlt es.



- 8 Auch soweit sich der Kläger gegen die inhaltliche Richtigkeit der Entscheidung des LSG wendet, insbesondere gegen die Ausführungen des LSG zur Mitwirkungsobliegenheit sowie zur Beweislastverteilung und Beweisvereitelung, ist die Beschwerde unzulässig. Die inhaltliche Richtigkeit des vorinstanzlichen Urteils ist nicht Gegenstand der Nichtzulassungsbeschwerde (*stRspr*, vgl. zB BSG Beschluss vom 22.11.2012 - B 1 KR 110/12 B - *Juris RdNr 5 mwN*; BSG SozR 1500 § 160a Nr 7).
- 9 Schließlich ist die Rüge der Verletzung des § 128 Abs 1 S 1 SGG - wie hier im Kern bezüglich der Feststellung des LSG zur Bekanntgabe des Bescheids vom 23.5.2005 - und des § 109 SGG als Verfahrensfehler unzulässig. Nach § 160 Abs 2 Nr 3 SGG ist die Revision zuzulassen, wenn ein Verfahrensmangel geltend gemacht wird, auf dem die angefochtene Entscheidung beruhen kann; der geltend gemachte Verfahrensmangel kann nicht auf eine Verletzung der §§ 109 und 128 Abs 1 S 1 SGG und auf eine Verletzung des § 103 SGG nur gestützt werden, wenn er sich auf einen Beweisantrag bezieht, dem das LSG ohne hinreichende Begründung nicht gefolgt ist.
- 10 b) Dagegen rügt der Kläger zulässig als Verfahrensfehler, dass das LSG das Widerspruchsverfahren nicht nachgeholt und seinen Beweisanträgen ohne hinreichende Begründung nicht gefolgt ist. Nach § 160a Abs 2 S 3 SGG muss der Verfahrensfehler bezeichnet werden. Der Kläger bezeichnet die genannten Verfahrensfehler hinreichend, indem er die zugrunde liegenden tatsächlichen Umstände beschreibt. Insbesondere legt der Kläger dar, dass er die in den vorbereitenden Schriftsätzen vom 23. bis 29.8.2010 gestellten Beweisanträge in der mündlichen Verhandlung vom 29.8.2013 aufrechterhalten hat.
- 11 2. Die Beschwerde ist auch begründet. Das LSG-Urteil kann auf den Verfahrensmängeln beruhen, dass das LSG dem Kläger nicht die Möglichkeit gegeben hat, durch Aussetzung des gerichtlichen Verfahrens (§ 114 Abs 2 SGG *analog*) das Vorverfahren als Sachurteilsvoraussetzung nachzuholen (*dazu a*), und dass es Beweisanträgen des Klägers nicht entsprochen hat (*dazu b*).
- 12 a) Fehlt es - wie hier - an einem Vorverfahren als Sachurteilsvoraussetzung, hat das LSG das gerichtliche Verfahren auszusetzen (§ 114 Abs 2 SGG *analog*), um dem Kläger die Möglichkeit zu geben, das gebotene Vorverfahren (§ 78 SGG) nachzuholen (*stRspr*, vgl. zB BSG SozR 1500 § 78 Nr 8 *mwN*; BSG SozR 3-5540 *Anl 1 § 10 Nr 1*; BSG Beschluss vom 4.3.2014 - B 1 KR 43/13 B - *Juris RdNr 6 mwN*; *Leitherer in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 10. Aufl 2012, § 78 RdNr 3a mwN und Hauck in Zeihe, SGG, Stand 1.11.2012, § 114 Anm 17a dd und 19 aa*).
- 13 Vor Erhebung der Anfechtungsklage sind Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit des Verwaltungsakts in einem Vorverfahren nachzuprüfen (§ 78 Abs 1 S 1 SGG). Der maßgebliche, vom Kläger angegriffene Verwaltungsakt (§ 31 SGB X) lag zunächst in der Feststellung der Beklagten, die Mitgliedschaft des Klägers habe mit Ablauf des 17.12.2004 geendet. Es bestehe ein



nachgehender Leistungsanspruch für einen Monat (24.1.2005). Hiergegen wandte sich der Kläger fristgerecht mit seinem Widerspruch (*Schreiben vom 17.2.2005*). Die Beklagte änderte den angegriffenen Bescheid daraufhin dergestalt ab, dass die Mitgliedschaft des Klägers über den 17.12.2004 hinaus fortbestand, er aber weiterhin keinen Anspruch auf Krg hatte (*Bescheid vom 23.5.2005*). Diese Verfügungssätze wurden Gegenstand des Widerspruchsverfahrens (§ 86 SGG). Die zuständige Stelle erteilte jedoch keinen Widerspruchsbescheid.

- 14 Es lag auch keiner der in § 78 Abs 1 S 2 SGG genannten Ausnahmefälle vor, die ein obligatorisches Vorverfahren entbehrlich machen. Die Beklagte holte entgegen der Ansicht des LSG das Vorverfahren nicht während des Klageverfahrens dadurch konkludent nach, dass sie der Klage entgegentrat. Die beklagte prozessführende Behörde ist nämlich mit der zur Entscheidung berufenen Widerspruchsbehörde (*vgl § 85 Abs 2 S 1 Nr 2 SGG*) nicht identisch (*vgl dazu zB BSGE 112, 170 = SozR 4-1500 § 54 Nr 27, RdNr 13 f*). Das LSG hat ohne das obligatorische Vorverfahren über den Krg-Anspruch in der Sache entschieden.
- 15 Es ist auch nicht von vornherein ausgeschlossen, dass unter Berücksichtigung weiterer Amtsermittlungen im Widerspruchsverfahren oder aufgrund weiterer Beweiserhebungen durch das LSG nach Abschluss des Vorverfahrens (*dazu sogleich*) ein Krg-Anspruch nach dem 16.6.2005 in Betracht kommen kann.
- 16 b) Der Kläger beruft sich zu Recht darauf, dass das LSG ohne hinreichenden Grund (§ 160 Abs 2 Nr 3 Halbs 2 iVm § 103 SGG) seinen in der mündlichen Verhandlung zu Protokoll gestellten Beweisanträgen nicht gefolgt ist, Beweis durch Einvernahme von Zeugen dazu zu erheben, dass er vom 15.6.2005 bis zum 1.8.2006 ein deutlich sichtbar geschwollenes und schmerzendes Knie gehabt habe. Das LSG konnte alle Anträge des in der mündlichen Verhandlung unvertretenen Klägers unter Berücksichtigung der Pflicht des Vorsitzenden, auf die Stellung sachdienlicher Anträge hinzuwirken (§ 106 Abs 1 SGG), nur als Wiederholung der zuvor mit diesem Thema schriftsätzlich gestellten Beweisanträge verstehen, hierzu die näher bezeichneten Zeugen B , K , M , K , B , A und Dr. D zu vernehmen.
- 17 Das LSG ist den Beweisanträgen ohne hinreichenden Grund unabhängig davon nicht gefolgt, ob es seine Entscheidung - was unklar ist - darauf gestützt hat, es sei vom Fehlen der Voraussetzungen für AU im betroffenen Zeitraum überzeugt oder AU sei objektiv nicht erweislich. Soweit das LSG vom Fehlen der AU-Voraussetzungen überzeugt gewesen ist, ist nach den getroffenen Feststellungen des LSG nicht nachvollziehbar, warum - ohne vorweggenommene Würdigung der noch einzuholenden Zeugenaussagen - die am 15.6.2005 und danach fortlaufend von Dr. D festgestellte AU nicht bestanden haben kann. Es erläutert nicht die Gründe, auf die es seine Überzeugung stützt, sondern führt lediglich aus, die beim Kläger am 8.3.2005 (*Untersuchung durch Prof. Dr. M*) und am 10.3.2005 (*Untersuchung durch Dr. F , MDK*) erhobenen Befunde legten es nicht nahe, dass der Zustand des linken



Knies des Klägers über den 16.6.2005 hinaus weitere AU habe auslösen können. Das LSG macht hiermit nicht deutlich, aufgrund welcher Befunde und welcher medizinischen Erfahrungssätze vom Wegfall der AU spätestens ab dem 17.6.2005 auszugehen ist. Denn Prof. Dr. M äußerte sich zur voraussichtlichen Dauer der Kniebeschwerden nicht, sondern stellte nur als Nebenbefund ein linksseitiges Schonhinken fest. Dr. F bezeichnete zwar die von Dr. D bis 31.3.2005 festgestellte AU als nicht nachvollziehbar, empfahl aber gleichwohl zur exakten Diagnosestellung baldmöglichst eine MRT-Untersuchung bei ungeklärter Ursache eines Reizzustandes des linken Kniegelenks und meinte, dem Kläger sei aufgrund des Befundes am Untersuchungstag nur eine wenig kniebelastende, vorwiegend sitzende Tätigkeit zumutbar. Er schlug nicht vor, die AU zu einem bestimmten Zeitpunkt zu beenden. Soweit das MDK-Gutachten vom 4.10.2010, auf das sich das LSG stützt, zusätzlich - neben der Bestätigung der Einschätzung von Dr. F - in Einklang mit dem MDK-Gutachten vom 9.2.2010 die von Dr. D vorgelegte Dokumentation für unzureichend ansieht, hat das LSG daraus keine nachvollziehbaren Gründe abgeleitet, von der beantragten Beweisaufnahme abzusehen. Solche sind auch hinsichtlich der Einvernahme von Dr. D ansonsten nicht ersichtlich.

- 18 Gleiches gilt im Ergebnis hinsichtlich des Antrags auf Einvernahme der nichtärztlichen Zeugen. Der Beweisantrag des Klägers zielt auf die Feststellung eines äußerlich sichtbaren Befundes, nämlich eines deutlich sichtbar geschwollenen Knies. Die Begründung des LSG, ob AU vorliege, sei eine medizinische Frage, die nur von Medizinern verlässlich beantwortet werden könne, trifft nicht den Kern des Beweisantrags. Nur ergänzend weist der Senat darauf hin, dass das Bestehen von AU in der Sache eine Rechtsfrage ist.
- 19 Sollte das LSG seine Entscheidung darauf gegründet haben wollen, AU sei objektiv nicht erweislich, hätte es eine solche Beweislastentscheidung nur nach Ausschöpfen der gebotenen Beweiserhebung treffen können. Auch für diesen Fall ist das LSG aus den bereits dargelegten Gründen den Beweisanträgen ohne hinreichende Begründung nicht gefolgt.
- 20 3. Nach § 160a Abs 5 SGG kann das BSG in dem Beschluss über die Nichtzulassungsbeschwerde das angefochtene Urteil aufheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LSG zurückverweisen, wenn die Voraussetzungen des § 160 Abs 2 Nr 3 SGG vorliegen, was - wie ausgeführt - hier der Fall ist. Dem steht nicht entgegen, dass sich der Kläger auch auf die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache und Divergenz beruft (§ 160 Abs 2 Nr 1 und 2 SGG). Allerdings wäre es nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats aus Gründen der Prozessökonomie und der Gewährung effektiven Rechtsschutzes geboten, eine Sache trotz voraussichtlicher Zurückverweisung im Revisionsverfahren zu entscheiden und deshalb die Revision zuzulassen, wenn vom Revisionsverfahren die Klärung grundsätzlicher Fragen zu erwarten wäre, die sich auf die anschließend - nach Zurückverweisung - vorzunehmende Beweiserhebung auswirkt (*BSG Beschluss vom 1.3.2011 - B 1 KR 118/10 B - Juris RdNr 6, Abgrenzung zu BSG Beschluss vom 23.5.2006 - B 13 RJ*



253/05 B - mwN). Die Grundsatz- und Divergenzrüge des Klägers sind indes unzulässig (vgl oben). Der Senat macht zum Zwecke der Beschleunigung des Verfahrens von der Möglichkeit der Zurückverweisung Gebrauch.

- 21 Der Senat weist ergänzend darauf hin, dass das LSG, soweit es AU für einen Zeitraum nach dem 16.6.2005 bejahen sollte, auch zu prüfen haben wird, ob die weiteren Voraussetzungen des Anspruchs auf Krg erfüllt sind. Hierbei wird es insbesondere die Rechtsprechung des erkennenden Senats zu den Voraussetzungen der Aufrechterhaltung einer den Krg-Anspruch vermittelnden Beschäftigtenversicherung zu berücksichtigen haben (vgl zB BSG Urteil vom 4.3.2014 - B 1 KR 17/13 R - SozR 4-2500 § 192 Nr 6 RdNr 16 = Juris). So hat Dr. D AU nicht erneut vor Ablauf der bis zum 24.11.2005 bescheinigten AU festgestellt, sondern erst am 28.11.2005.
- 22 Auch liegt die Möglichkeit nicht völlig fern, dass der Kläger und sein damaliger Arbeitgeber, Dipl. Ing. M , in Wahrheit kein Beschäftigungsverhältnis begründen wollten, sondern kollusiv zusammenwirkten, um unrechtmäßig Krg-Zahlungen der Beklagten an den Kläger zu bewirken. Die Verurteilung des Arbeitgebers zur Zahlung von 7290 Euro brutto steht dem nicht entgegen. Insoweit entfaltet das Urteil des Arbeitsgerichts Wiesbaden im Hinblick auf die Voraussetzungen über die Aufrechterhaltung der Mitgliedschaft keine Tatbestandswirkung. Auf ein kollusives Verhalten im Sinne einer Scheinbeschäftigung weist auch das frühere Verhalten des Klägers und des Dipl. Ing. M hin (vgl zum Sachverhalt BSG Beschluss vom 11.12.2006 - B 1 KR 69/06 B; Vorinstanz Hessisches LSG Urteil vom 30.3.2006 - L 8 KR 45/05).
- 23 4. Der Senat sieht von einer weiteren Begründung ab (§ 160a Abs 4 S 2 Halbs 2 SGG).
- 24 5. Die Entscheidung über die Kosten des Beschwerdeverfahrens bleibt der Entscheidung des LSG vorbehalten.



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

