

BUNDESSOZIALGERICHT



Beschluss in dem Rechtsstreit

Az: B 3 KR 53/15 B

L 9 KR 393/13 (LSG Berlin-Brandenburg)
S 111 KR 1023/12 (SG Berlin)

.....,

Klägerin und Beschwerdeführerin,

Prozessbevollmächtigter:

.....,

g e g e n

AOK Sachsen-Anhalt - Die Gesundheitskasse,
Lüneburger Straße 4, 39106 Magdeburg,

Beklagte und Beschwerdegegnerin.

Der 3. Senat des Bundessozialgerichts hat am 20. April 2016 durch den
Vorsitzenden Richter Prof. Dr. W e n n e r , die Richterinnen Dr. O p p e r m a n n
und Dr. W a ß e r sowie den ehrenamtlichen Richter S c h a l l e r und die ehrenamtliche
Richterin G a r b e n - M o g w i t z
beschlossen:

Die Beschwerde der Klägerin gegen die Nichtzulassung der Revision im Urteil des Landes-
sozialgerichts Berlin-Brandenburg vom 15. Juli 2015 wird zurückgewiesen.

Kosten des Beschwerdeverfahrens sind nicht zu erstatten.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Gründe :

I

- 1 Im Streit steht die Gewährung von Krankengeld (Krg) für die Zeiträume vom 10.1.2007 bis 5.9.2007, vom 20.9.2007 bis 1.10.2007 und vom 3.3.2008 bis 21.4.2008.
- 2 Die im Jahre 1950 geborene Klägerin war bis Juni 2005 als Lehrerin tätig. Danach folgten Zeiten von Arbeitslosengeldbezug und Arbeitsunfähigkeit. Der Krg-Bezug bei der AOK Allgäu-Oberschwaben endete nach Erreichen der Höchstdauer von 78 Wochen am 4.6.2006.
- 3 Im September 2006 schloss die Klägerin einen "Anstellungsvertrag" mit der I. AG in B. ab, der am 8.1.2007 um eine Zusatz- und Änderungsvereinbarung ergänzt wurde. Danach war Beschäftigungs- und Vertragsbeginn der 8.1.2007 bei einem monatlichen Bruttogehalt von zunächst 3750 Euro, wenige Monate später von 4100 Euro. Am 22.1.2007 wurde bei der Beklagten ein Arbeitgeberkonto im Namen der Firma I. AG, Sitz in B. und H. eröffnet. Am 12.2.2007 wurde die Klägerin als Arbeitnehmerin dieser Firma mit dem Tätigkeitsbereich "Geschäftsführung" rückwirkend zum 8.1.2007 bei der Beklagten angemeldet. Nach Angaben der Klägerin endete die Beschäftigung zum 31.1.2008. Im Zeitraum vom 8.1.2007 bis 31.1.2008 entstanden der Beklagten für die von der Klägerin in Anspruch genommenen Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung Aufwendungen in Höhe von insgesamt 30 175,18 Euro. Für die streitigen Zeiträume wurde bei der Beklagten die Bewilligung von Krg in Höhe von insgesamt 21 251,67 Euro beantragt. Zu einer Auszahlung des Betrags kam es nicht.
- 4 Die Beklagte stellte mit Bescheid vom 10.11.2008 fest, dass es sich bei der Firma I. AG um eine Scheinfirma gehandelt habe und im Zeitraum vom 8.1.2007 bis 31.1.2008 daher keine Versicherungspflicht zu allen Zweigen der gesetzlichen Sozialversicherung bestanden habe. Der hiergegen eingelegte Widerspruch wurde als unzulässig zurückgewiesen (*Widerspruchsbescheid vom 19.6.2009*). Der Überprüfungsantrag blieb erfolglos (*Bescheid vom 13.1.2012, Widerspruchsbescheid vom 14.5.2012*). Die Beklagte ging davon aus, dass die von ihr durchgeführten Ermittlungen ein Scheingeschäft iS von § 117 BGB zwischen der Klägerin und der I. AG belegt hätten. Hierfür spreche ua, dass der Arbeitgeber und Inhaber der I. AG B. der Ehegatte der Klägerin gewesen sei und dass außer einem Briefkasten vor Ort keine Firmenaktivitäten erkennbar gewesen seien. Bestehende Zweifel gingen zu Lasten der Klägerin. Das Klage- und Berufungsverfahren blieb ebenfalls erfolglos (*Gerichtsbescheid SG Berlin vom 8.11.2013, Urteil LSG Berlin-Brandenburg vom 15.7.2015*).

5



Das LSG hat im Wesentlichen ausgeführt, dass der Überprüfungsantrag nach § 44 SGB X unbegründet sei. Die Beklagte sei zu Recht von einem ab 8.1.2007 bis 31.1.2008 zum Schein eingegangenen Beschäftigungsverhältnis mit der I. AG ausgegangen, sodass ein Anspruch auf Gewährung von Krg nicht bestanden habe. Die Würdigung aller Umstände unter Berücksichtigung der Vorgaben des BSG (*Hinweis auf Urteil vom 29.9.1998 - B 1 KR 10/96 R - Juris RdNr 19*) ließen diesen Schluss zu. Es sei offensichtlich geworden, dass die Verträge nur zu dem Zweck abgeschlossen worden seien, die Versicherungspflicht bzw einen Krg-Anspruch zu fingieren. Indizien für ein missbräuchliches Verhalten seien ua gewesen, dass bereits bei Arbeitsaufnahme Arbeitsunfähigkeit bestanden habe und schon zu Anfang ein weit überdurchschnittliches Gehalt vereinbart worden sei. Die Klägerin habe diese Verdachtsmomente in keiner Weise entkräftet, weil sie weder schriftsätzlich noch in der mündlichen Verhandlung vor dem LSG etwas Substantielles zum Beschäftigungsverhältnis vorgetragen habe. Weder der vor dem Arbeitsgericht Halle (*2 CA 3396/09 vom 1.12.2009*) abgeschlossene Vergleich noch die Einstellung des gegen die Klägerin und ihren Ehemann geführten Strafverfahrens wegen gemeinschaftlichen Betrugs zu Lasten der Beklagten gegen Auflage einer Geldzahlung hätten zu günstigeren Erkenntnissen geführt. Deshalb habe sich der Senat auch nicht gehalten gesehen, den Sachverhalt von Amts wegen weiter aufzuklären (§ 103 SGG). Der Beweisanregung der Klägerin, als Zeugen J. und den Ehegatten M. zu hören, habe der Senat nicht weiter nachgehen müssen. Es fehle an einem förmlichen Beweis-antritt (§ 118 Abs 1 SGG iVm § 373 ZPO). Vielmehr handele es sich um einen "ins Blaue" hinein gestellten Beweis-antrag, dem das Gericht nicht habe folgen müssen (*Hinweis auf BSG Urteil vom 12.12.1995 - 5 RJ 26/94 - Juris RdNr 25*).

- 6 Im Berufungsverfahren ist der Rechtsstreit durch Beschluss des LSG vom 30.7.2014 auf den Berichterstatter als Einzelrichter übertragen und in der Besetzung durch den Berichterstatter als Vorsitzender mit den ehrenamtlichen Richtern gemäß § 153 Abs 5 SGG entschieden worden. In der mündlichen Verhandlung vom 15.7.2015 hat der Prozessbevollmächtigte der Klägerin einen Befangenheitsantrag gegen Richter am LSG H. gestellt, der nach Unterbrechung der Sitzung damit begründet worden ist, dass der Richter nicht die mit Schriftsatz vom 18.6.2015 genannten Zeugen J. und M. zur mündlichen Verhandlung geladen habe. Nach erneuter Unterbrechung und Wiedereintritt in die mündliche Verhandlung hat Richter am LSG S. als Vertreter nach Verlesung der dienstlichen Erklärung des abgelehnten Richters den Ablehnungsantrag zurückgewiesen: Das beanstandete Verhalten habe keinen Zweifel an der Unvoreingenommenheit des abgelehnten Richters entstehen lassen. Das Recht der Klägerin, einen förmlichen Beweis-antrag noch in der mündlichen Verhandlung zu stellen, sei in keiner Weise beschnitten worden. Nach erneuter Unterbrechung hat Richter am LSG H. die mündliche Verhandlung fortgesetzt. Auf seine Frage, ob der Prozessbevollmächtigte einen Beweis-antrag stellen wolle, gab dieser zur Protokoll: "Ich stelle den Antrag, die Herren J. und M. als Zeugen zu hören, denn nur sie können Substantielles zu diesem Sachverhalt bekunden."



- 7 Mit Schriftsatz vom 24.10.2015 hat die Klägerin einen Antrag auf Protokollberichtigung der Niederschrift über die mündliche Verhandlung vom 15.7.2015 gestellt: Der Prozessbevollmächtigte sei quasi genötigt worden, den Befangenheitsantrag sofort in der mündlichen Verhandlung zu begründen. Das Protokoll sei zu berichtigen, weil eine Begründung für den abgelehnten Befangenheitsantrag durch den vertretenden Richter am LSG S. nicht in der mündlichen Verhandlung erfolgt sei. Das Protokoll enthielte auch keinen Hinweis, dass eine nicht namentlich und persönlich bekannte Person aus dem Zuschauerraum an der geheimen Beratung im Besprechungszimmer teilgenommen habe. Mit Beschlüssen vom 6.1.2016 und 7.1.2016 haben die Richter am LSG H. und S. den Antrag auf Berichtigung der Niederschrift vom 15.7.2015, soweit sie von dem jeweiligen Richter zur verantworten war, unanfechtbar abgelehnt (§ 177 SGG).
- 8 Mit der Beschwerde wendet sich die Klägerin gegen die Nichtzulassung der Revision im Urteil des LSG. Sie beruft sich auf den Zulassungsgrund des Verfahrensmangels (§ 160 Abs 2 Nr 3 SGG). Sie trägt vor, sie halte die Art und Weise, in der über ihr Befangenheitsgesuch entschieden worden sei, für verfahrensfehlerhaft, insbesondere dass der Vertreter des abgelehnten Richters das Verfahren unverzüglich fortgeführt habe. Sie rügt eine Verletzung der Amtsermittlungspflicht (§ 103 SGG), weil das LSG dem in der mündlichen Verhandlung gestellten Beweis-antrag hätte nachgehen müssen. Hierin liege zugleich eine Verletzung ihres rechtlichen Gehörs (§ 62 SGG). Verfahrensfehlerhaft habe eine unbekannte weibliche Person aus dem Zuschauerraum an der Beratung des LSG teilgenommen. Das BSG hat mit Verfügung vom 5.11.2015 das LSG um Mitteilung von Namen und Funktion dieser Person gebeten.

II

- 9 Die Nichtzulassungsbeschwerde ist unbegründet, weil die geltend gemachten Verfahrensfehler nicht vorliegen.
- 10 1. Entgegen der Ansicht der Klägerin liegt kein Verfahrensmangel hinsichtlich der Zurückweisung des Ablehnungsgesuchs gegen Richter am LSG H. durch Beschluss des LSG in der mündlichen Verhandlung vom 15.7.2015 vor. Die Entscheidung, dass das Ablehnungsgesuch gegen einen Richter nicht begründet ist, ist als bindende Vorentscheidung (§ 202 SGG iVm § 557 Abs 2 ZPO) durch das Revisionsgericht nur eingeschränkt überprüfbar. Die Einschränkung der Prüfungsbefugnis des Revisionsgerichts bei Beschlüssen, durch die ein Ablehnungsgesuch, das gemäß § 60 Abs 1 SGG iVm § 46 Abs 1 ZPO zurückgewiesen wird, ist dann gegeben, wenn der Beschluss - wie hier - von einem LSG erlassen wurde und dieser gemäß § 177 SGG der Anfechtung mit der Beschwerde nicht zugänglich ist. Dies hat zur Folge,



dass die Zurückweisung eines Befangenheitsantrags grundsätzlich auch nicht als Verfahrensfehler iS von § 160 Abs 2 Nr 3 SGG geltend gemacht werden kann (*vgl BSG SozR 1500 § 160 Nr 57 S 60 f; BSG Beschluss vom 28.8.2002 - B 11 AL 49/02 B - Juris*).

- 11 Eine im Zusammenhang mit einer unanfechtbaren Vorentscheidung erhobene Verfahrensrüge ist nur ausnahmsweise zulässig, wenn sie sich nicht gegen die Richtigkeit der Vorentscheidung als solche wendet, sondern einen Mangel betrifft, der als Folge der beanstandeten Vorentscheidung sich auf das angefochtene Urteil selbst auswirkt (*vgl BSG SozR 1500 § 160 Nr 57 S 61 mwN*). Bei der Zurückweisung eines Befangenheitsantrags gegen einen Richter kann ein solcher Mangel nur dann vorliegen, wenn die Behandlung eines Ablehnungsantrags so fehlerhaft ist, dass durch die weitere Mitwirkung des abgelehnten Richters das Verfahrensgrundrecht auf den gesetzlichen Richter nach Art 101 Abs 1 S 2 GG verletzt ist und das Berufungsgericht bei seiner Entscheidung deshalb unrichtig besetzt war (§ 202 SGG iVm § 547 Nr 1 ZPO; *vgl BSG SozR 4-1500 § 160a Nr 1 RdNr 8 mwN*). Art 101 Abs 1 S 2 GG greift aber nur bei willkürlichen Verstößen gegen Verfahrensvorschriften ein. Erforderlich ist deshalb, dass willkürliche oder manipulative Erwägungen für die Zurückweisung des Ablehnungsgesuchs bestimmend gewesen sind (*vgl BSG Urteil vom 10.9.1998 - B 7 AL 36/98 R - Juris*).
- 12 Das ist vorliegend nicht der Fall. Im Wesentlichen geht es der Klägerin darum, dass über das Ablehnungsgesuch nicht unmittelbar in der mündlichen Verhandlung durch den Vertreter des abgelehnten Richters hätte entschieden werden dürfen und dass nach Beschlussverkündung über die Zurückweisung des Befangenheitsgesuchs die mündliche Verhandlung durch den ursprünglich abgelehnten Richter ohne weitere Beweisaufnahme fortgesetzt wurde. Nachvollziehbare rechtliche Einwände bestanden hiergegen aber nicht.
- 13 Entgegen der Ansicht des Klägers bestand kein erheblicher Grund, der Anlass zu einer anderen Verfahrensweise, etwa zu einer Vertagung des Termins (§ 202 SGG iVm § 227 Abs 1 ZPO) hätte geben können. Vielmehr musste der Prozessbevollmächtigte die Möglichkeit in Betracht ziehen, dass das LSG über das Befangenheitsgesuch unmittelbar in der mündlichen Verhandlung in anderer Senatsbesetzung durch verkündeten und sofort rechtskräftigen Beschluss (§ 177 SGG) entscheiden würde. Davon hat das LSG ordnungsgemäßen Gebrauch gemacht. Der abgelehnte Richter H. hat das Ablehnungsgesuch als zulässig, mithin nicht rechtsmissbräuchlich behandelt. Er hat sich hierzu dienstlich erklärt (§ 44 Abs 3 ZPO, § 60 Abs 1 SGG). Diese Äußerung ist den Beteiligten durch den vertretenden Richter S. zur Kenntnis gegeben worden, bevor der Antrag nach Beratung mit den ehrenamtlichen Richtern (§ 153 Abs 5 SGG) durch Beschluss zurückgewiesen wurde. Dem rechtlichen Gehör der Klägerin (§ 62 SGG, Art 103 Abs 1 GG) vor der Beschlussfassung ist damit hinreichend Rechnung getragen worden. Eine Begründung der Zurückweisung des Ablehnungsgesuchs ist ebenfalls unmittelbar in der mündlichen Verhandlung erfolgt (*s Beschluss des LSG vom 7.1.2016 zur unanfechtbar abgelehnten Protokollberichtigung*). Danach aber durfte das LSG in der ursprüng-



lichen Besetzung zur Hauptsache nach Unterbrechung weiter mündlich verhandeln und auch entscheiden (*vgl auch BSG SozR 3-1500 § 160a Nr 29 S 55*). Der Prozessbevollmächtigte kann auch nicht mit der Rüge durchdringen, dass ihm nicht ausreichend Zeit geblieben sei, um eine schriftliche Begründung für das Ablehnungsgesuch zu erstellen. Die mündliche Verhandlung ist zu diesem Zweck unterbrochen worden. Der Prozessbevollmächtigte hat nach überreichter schriftlicher Formulierung seines Gesuchs dem Gericht nicht signalisiert, noch weitere Zeit zu benötigen bzw die Sitzung erneut zu unterbrechen (*vgl Beschluss des LSG vom 6.1.2016 zur unanfechtbar abgelehnten Protokollberichtigung*).

- 14 2. Soweit die Klägerin die Entscheidung über das Befangenheitsgesuch deshalb für rechtswidrig hält, weil das LSG "sich grundlos geweigert" habe, die Zeugen M. und J. zum Termin zur mündlichen Verhandlung zu laden, so liegt hierin die Rüge der Verletzung der Sachaufklärungspflicht (§ 103 SGG). Verstöße gegen verfahrensrechtliche Vorschriften rechtfertigen es in aller Regel nicht, einen Richter wegen Besorgnis der Befangenheit abzulehnen (*vgl nur BSG SozR 4-1500 § 60 Nr 4 RdNr 13 mwN*).
- 15 Im Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde kann der Verfahrensmangel der Verletzung der Amtsermittlungspflicht (§ 103 SGG) nur darauf gestützt werden, dass sich der Verfahrensmangel auf einen Beweisantrag bezieht, dem das LSG ohne hinreichende Begründung nicht gefolgt ist (§ 160 Abs 2 Nr 3 Halbs 2 SGG). Zur Darlegung eines solchen prozessordnungsgemäßen Beweisantrags muss nicht nur die Stellung des Antrags, sondern auch aufgezeigt werden, über welche im Einzelnen bezeichneten Tatsachen Beweis erhoben werden soll (§ 373 ZPO, § 118 Abs 1 SGG). Denn Merkmal eines Beweisantrags ist eine bestimmte Tatsachenbehauptung und die Angabe des Beweismittels für diese Tatsache (*vgl BSG SozR 4-1500 § 160a Nr 3 RdNr 6 mwN*). Einen solchen prozessordnungsgemäßen Beweisantrag hat der Prozessbevollmächtigte der Klägerin nicht gestellt. Anders als eine bloße Beweisanregung hat ein echter Beweisantrag die Warnfunktion, die es rechtfertigt, einen Revisionszulassungsgrund anzunehmen, wenn das LSG dem Antrag zu Unrecht nicht gefolgt ist (*vgl zB BSG SozR 3-1500 § 160 Nr 9, 35*).
- 16 Dem in der mündlichen Verhandlung formulierten Antrag des Prozessbevollmächtigten kommt als bloße Beweisanregung (bzw Beweisantritt) keine solche Warnfunktion zu. Wenn er dort beantragt hat, die Zeugen J. und M. zu hören, "denn nur sie können Substantielles zu diesem Sachverhalt bekunden", so bleibt völlig unklar, zu welchen konkreten Tatsachen oder Tatsachenbehauptungen das LSG die Zeugen hätte hören sollen. Hierin lag insbesondere auch keine Wiederholung eines bereits im Schriftsatz vom 18.6.2015 ordnungsgemäß angekündigten Beweisantrags. Denn auch dort wurde keine Tatsache unter Beweis gestellt, über die das LSG durch Vernehmung der Zeugen hätte Beweis erheben können.
- 17 3. Entgegen der Ansicht der Klägerin ist durch die unterbliebene Vernehmung der genannten Zeugen auch nicht ihr rechtliches Gehör (§ 62 SGG, Art 103 Abs 1 GG) verletzt worden. In der



Rüge einer unzureichenden Sachaufklärung (§ 103 SGG) kann nur unter besonderen Umständen zugleich auch die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör liegen, nämlich dann, wenn die Nichtberücksichtigung von Beweisangeboten zu entscheidungserheblichen Tatsachen im Prozessrecht keine Stütze mehr findet (vgl. zB BVerfG Beschluss vom 18.1.2008 - NVwZ 2008, 669, 670 mwN). Im Rahmen einer auf einen solchen Sachverhalt gestützten Gehörsrüge sind im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren allerdings auch Darlegungen erforderlich, dass der Beschwerdeführer alles getan hat, um sich mit seinen Beweisanträgen zur weiteren Sachaufklärung in der Tatsacheninstanz Gehör zu verschaffen (vgl. BSG SozR 3-1500 § 160 Nr 22 S 35; Beschluss vom 20.2.2001 - B 13 RJ 131/00 B - Juris RdNr 9; Beschluss vom 2.8.2006 - B 8 KN 31/05 B - Juris RdNr 15; vgl. auch BVerfGE 33, 192, 194). Dazu zählt - in gleicher Weise wie bei der Rüge einer Verletzung der richterlichen Sachaufklärungspflicht nach § 103 SGG - die Darlegung, dass bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung ein Beweisantrag zu Protokoll aufrechterhalten bzw ein solcher im Urteil des LSG wiedergegeben worden ist (vgl. BSG SozR 3-1500 § 160 Nr 22 S 35). Auf diese Weise wird verhindert, dass die besonderen gesetzlichen Anforderungen an die Aufklärungsrüge nach § 103 SGG durch ein Ausweichen auf die Gehörsrüge umgangen werden können (vgl. BSG SozR 4-1500 § 160 Nr 18 RdNr 6, 9). Der Prozessbevollmächtigte hat bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung von der Möglichkeit, einen prozessordnungsgemäßen Beweisantrag zu stellen - wie ausgeführt - keinen Gebrauch gemacht. Dass ihn das LSG daran gehindert hätte, hat der Prozessbevollmächtigte nicht behauptet und hierfür sind auch keine Anhaltspunkte ersichtlich.

- 18 4. Schließlich liegt auch kein Verfahrensfehler darin, dass die Stationsreferendarin F. , die im Rahmen ihrer Wahlstation Richter am LSG H. und dem 9. Senat des LSG Berlin-Brandenburg zur Ausbildung im maßgeblichen Zeitraum zugewiesen war, an der geheimen Beratung und Abstimmung des LSG teilgenommen hat. Gemäß § 202 SGG iVm § 193 Abs 1 GVG ist die Anwesenheit von zur juristischen Ausbildung beschäftigten Personen im Einverständnis mit dem Vorsitzenden gestattet. Das war hier der Fall.
- 19 5. Die Kostenentscheidung beruht auf entsprechender Anwendung von § 193 SGG.

