

06.11.2008

BUNDESSOZIALGERICHT

Im Namen des Volkes

Urteil

in dem Rechtsstreit

...

Der 1. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. November 2008 durch den Präsidenten Masuch, den Richter Dr. Kretschmer und die Richterin Dr. Brandts sowie die ehrenamtlichen Richter Bungart und Leite

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Sächsischen Landessozialgerichts vom 23. Januar 2008 wird zurückgewiesen.

Kosten des Revisionsverfahren sind nicht zu erstatten.

Gründe:

I

1

Die Beteiligten streiten über die Gewährung von Krankengeld (Krg).

2

Der Kläger ist seit 1.8.2004 als Elektrotechniker selbstständig erwerbstätig und bei der beklagten Krankenkasse freiwillig mit Anspruch auf Krg ab Beginn der 7. Woche der Arbeitsunfähigkeit (AU) versichert. Für seinen Versicherungsschutz wurde der (Mindest-)Beitrag in Höhe des vierzigsten Teils der für das Jahr 2004 geltenden monatlichen Bezugsgröße erhoben. Am 22.6.2005 teilte der Kläger der Beklagten mit, dass für das Jahr 2004 ein negatives Betriebsergebnis (- 4 366,55 Euro) zu erwarten sei.

3

Im Januar 2005 übermittelte die Beklagte dem Kläger ein Informationsschreiben, in dem es ua heißt, der Anspruch auf Krg bestehe nur, wenn im Fall der AU das Arbeitseinkommen aus der selbstständigen Tätigkeit ganz bzw überwiegend entfalle. Die Krg-Zahlung erfolge aus dem während der AU tatsächlich entfallenden Teil des Arbeitseinkommens. Dabei könne die Krg-Berechnung nicht auf Grundlage eines höheren Einkommens als desjenigen, das der Beitragsberechnung zugrunde liege, erfolgen. Infolgedessen erhalte der Kläger ggf nur ein geringes bzw kein Krg.

4

Am 8.9.2005 beantragte der Kläger die Gewährung von Krg und legte ärztliche Bescheinigungen über seine AU in dem Zeitraum vom 21.8.2005 bis 6.1.2006 vor. Laut Auskunft des Finanzamts Hoyerswerda wies der Einkommensteuerbescheid vom 22.11.2005 für das Kalenderjahr 2004 einen Verlust von 4 075,00 Euro aus. Nach einer der Beklagten im November 2005 übersandten betriebswirtschaftlichen Auswertung (BWA) erzielte der Kläger in dem Zeitraum von Januar bis August 2005 nunmehr positive Einkünfte von 18 623,40 Euro. Die Beklagte lehnte die Gewährung von Krg unter Hinweis auf die negativen Einkünfte im Jahre 2004 ab (Bescheid vom 6.10.2005, Widerspruchsbescheid vom 12.4.2006).

5

Mit seiner Klage hat der Kläger beantragt, ihm vom 3.9.2005 bis zum 31.3.2006 Krg ausgehend von seinen Einkünften des Jahres 2005 zu gewähren. Das Sozialgericht hat die Klage abgewiesen (Gerichtsbescheid vom 2.2.2007). Das Landessozialgericht (LSG) hat die Berufung zurückgewiesen: Anspruch auf Krg bestehe nicht, weil der Kläger in dem für die Bemessung des Krg maßgeblichen

Jahr 2004 nur negative Einkünfte erzielt habe. Anzuknüpfen sei hier an die Auskunft des Finanzamtes, die einem Einkommensteuerbescheid gleichstehe. Maßgeblich für die Krg-Berechnung sei nicht das der Beitragsbemessung zugrunde liegende fiktive Mindesteinkommen, weil insoweit die Entgeltersatzfunktion des Krg entgegenstehe, vielmehr komme es auf die im Steuerbescheid festgestellten negativen Einkünfte an. Dagegen spreche nicht das Urteil des Bundessozialgerichts (BSG) vom 14.12.2006 (*BSGE* 98, 43 = *SozR* 4-2500 § 47 Nr 7). Die mit § 47 Abs 4 Satz 2 SGB V aufgestellte widerlegbare Vermutung, das der Beitragsbemessung zugrunde liegende Arbeitseinkommen sei das maßgebliche Regelentgelt, gelte nur für den Fall, dass vor Eintritt der AU Höchstbeiträge unter Berücksichtigung der Beitragsbemessungsgrenze gezahlt worden seien (Urteil vom 23.1.2008).

6

Mit der Revision rügt der Kläger die Verletzung des § 47 Abs 4 Satz 2 SGB V. Wenn konkrete Anhaltspunkte dafür gegeben seien, dass das dem Beitrag zugrunde liegende Regelentgelt erkennbar nicht der tatsächlichen wirtschaftlichen Situation des Versicherten vor Eintritt der AU entspreche, müsse nach dem Urteil des BSG vom 14.12.2006 (*aaO*) das tatsächlich erzielte Einkommen vor dem Eintritt der AU ermittelt werden. Dies könne nicht nur dann gelten, wenn das tatsächliche Einkommen – wie in dem von dem BSG entschiedenen Verfahren – geringer gewesen sei, sondern auch bei einem höheren tatsächlich erzielten Einkommen. Die Beitragseinstufung vor Eintritt der AU habe nicht auf einem Einkommensteuerbescheid beruht, weil der Bescheid für das Jahr 2004 erst im November 2005 erteilt worden sei. Die Beklagte habe ihn (den Kläger) zudem pflichtwidrig nicht aufgefordert, regelmäßig seine betriebswirtschaftlichen Auswertungen vorzulegen, sondern immer zum Ausdruck gebracht, dass nur der Einkommensteuerbescheid für die Beitragseinstufung maßgeblich sein könne.

7

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sächsischen Landessozialgerichts vom 23. Januar 2008 und den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Dresden vom 2. Februar 2007 sowie den Bescheid der Beklagten vom 6. Oktober 2005 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 12. April 2006 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, ihm vom 2. Oktober 2005 bis 31. März 2006 Krankengeld auf der Grundlage der von Januar bis August 2005 erzielten Einkünfte von 18 623,40 Euro zu zahlen.

8

Die Beklagte beantragt,
die Revision zurückzuweisen.

9

Sie hält die angefochtenen Entscheidungen für zutreffend.

II

10

Die zulässige Revision des Klägers ist unbegründet. Zu Recht hat das LSG die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Krg ab 2.10.2005, denn er hat in dem für die Berechnung des Krg maßgeblichen Zeitraum keine Einkünfte erzielt.

11

Nach § 47 Abs 1 Satz 1 SGB V (*idF durch Art 2 Nr 14 Buchst a nach Maßgabe des Art 4 § 2 des Gesetzes vom 1.11.1996, BGBl I 1631*) beträgt das Krg 70 vH des erzielten regelmäßigen Arbeitsentgelts und Arbeitseinkommens, soweit es der Beitragsberechnung unterliegt. Das „erzielte regelmäßige Arbeitsentgelt und Arbeitseinkommen“ in diesem Sinne wird in § 47 Abs 1 Satz 1 SGB V in einem Klammerzusatz als „Regelentgelt“ bezeichnet. Gemäß § 47 Abs 1 Satz 5 SGB V wird das Regelentgelt nach den Absätzen 2, 4 und 6 des § 47 SGB V berechnet und gemäß Satz 6 aaO für Kalendertage gezahlt. Für Versicherte, die – wie der Kläger – nicht Arbeitnehmer sind, gilt nach § 47 Abs 4 Satz 2 SGB V (*idF durch Art 4 Nr 2 des Gesetzes vom 21.3.2005, BGBl I 818*) als Regelentgelt der kalendertägliche Betrag, der zuletzt vor Beginn der AU für die Beitragsbemessung aus Arbeitseinkommen maßgebend war. Zwar lag der Beitragsbemessung zuletzt vor Eintritt der AU des Klägers nach § 240 Abs 4 Satz 2 SGB V (*idF durch Art 5 Nr 11a des Gesetzes vom 24.12.2003, BGBl I 2954*) der vierzigste Teil der monatlichen Bezugsgröße für das Jahr 2004 zugrunde, jedoch ist dieses fiktive Mindesteinkommen nicht für die Berechnung des Krg maßgeblich (dazu 1). Das Krg richtet sich vielmehr nach dem tatsächlich erzielten negativen Einkommen im Jahre 2004, sodass ein Anspruch

ausgeschlossen ist (dazu 2). Auf den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch kann der Kläger seinen Anspruch auf Krg ebenfalls nicht stützen (dazu 3).

12

1. Das Krg bemisst sich bei hauptberuflich selbstständig Erwerbstätigen nach dem erzielten Arbeitseinkommen und nicht nach dem für die Beitragsbemessung maßgebenden Mindesteinkommen (*BSGE 92, 260 = SozR 4-2500 § 47 Nr 1; ebenso Urteil vom 7.12.2004 – B 1 KR 17/04 R, USK 2004-61*). 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 (*zum Ganzen BSGE 96, 246 = SozR 4-2500 § 47 Nr 4, jeweils RdNr 23 ff, auch zu den Ausnahmen vom strengen Zuflussprinzip; BSG SozR 4-2500 § 47 Nr 8 RdNr 24*). Dies gilt auch für Versicherte, die – wie der Kläger – keine Arbeitnehmer sind. Der Senat hält an seiner Rechtsprechung fest, dass ein „Mindest-Krg“ für diesen Personenkreis aus dem Gesetz nicht herzuleiten ist (*wie hier zB Bohlken in juris-PK-SGB V, 2008, § 47 RdNr 90; Gerlach in Hauck/Noftz, SGB V, Stand September 2008, K § 47 RdNr 157f; aA Biehl, SGB 2004, 678 ff, 738 ff*). Auch der Kläger verlangt ein Mindest-Krg nicht, sondern begehrt die Berechnung des Krg nach seinem tatsächlich erzielten Arbeitseinkommen des Jahres 2005.

13

2. Dem Kläger ist zwar beizupflichten, dass bei ihm die für die Ermittlung des Regelentgelts von § 47 Abs 4 Satz 2 SGB V ausgehende Vermutung widerlegt und das konkrete Arbeitseinkommen zu ermitteln ist (dazu a). Dies führt allerdings dazu, dass für die Berechnung des Krg seine tatsächlich erzielten Einkünfte in dem vor Eintritt der AU abgeschlossenen Kalenderjahr 2004, nicht diejenigen im Jahre 2005, zugrunde zu legen sind (dazu b). Weil im Jahre 2004 nur negative Einkünfte erzielt wurden, ist ein Anspruch auf Krg ausgeschlossen (dazu c).

14

a) Weil die Entgeltersatzfunktion des Krg nicht in jedem Fall der Beitragsbemessung nach § 240 Abs 4 Satz 2 SGB V gewahrt wird, ist bei freiwillig versicherten hauptberuflich Selbstständigen das Krg nach § 47 Abs 4 Satz 2 SGB V nur 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. Hiervon kann ausnahmsweise nur dann abgewichen und die Vermutung widerlegt werden, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass dieser Betrag 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, jeweils RdNr 9, in Abgrenzung zu BSGE 92, 260 = SozR 4-2500 § 47 Nr 1, jeweils RdNr 6 ff). Entgegen der Ansicht des LSG umfasst diese Vermutung nicht notwendig nur die Fälle, in denen der Versicherte vor Eintritt der AU Höchstbeiträge unter Berücksichtigung der Beitragsbemessungsgrenze gezahlt hat. Denn die Vermutung basiert auf der Regelung in § 47 Abs 4 Satz 2 SGB V. Gerade bei der Zahlung von Mindestbeiträgen wird aber regelmäßig Anlass bestehen, vom tatsächlichen Arbeitseinkommen auszugehen, weil dessen Nachweis der Grund für die Zahlung der Mindestbeiträge ist. Wegen der Entgeltersatzfunktion ist die Höhe des Krg dann auf den Ersatz des tatsächlich entfallenen, nach der Referenzmethode zu berechnenden Arbeitsentgelts oder Arbeitseinkommens begrenzt (vgl BSGE 92, 260 = SozR 4-2500 § 47 Nr 1, jeweils RdNr 6 ff).

15

Liegt der Beitragsbemessung nach § 240 Abs 4 Satz 2 SGB V das Mindesteinkommen zugrunde, bestehen regelmäßig konkrete Anhaltspunkte dafür, dass dieser Betrag, aus dem zuletzt vor Eintritt der AU Beiträge entrichtet worden sind, nicht der tatsächlichen wirtschaftlichen Situation des Versicherten vor Eintritt der AU entspricht, weil sein tatsächliches Arbeitseinkommen wesentlich geringer war. Das der Beitragsbemessung zugrunde gelegte und das vor der AU erzielte Arbeitseinkommen fallen in diesen Fällen regelmäßig auseinander. Denn dem nach § 240 Abs 4 Satz 2 SGB V errechneten Mindestbeitrag liegt in der Regel ein fiktives Mindesteinkommen zugrunde, das gerade nicht die tatsächliche wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des freiwillig Versicherten genau erfasst. Für freiwillige Mitglieder, die hauptberuflich selbstständig erwerbstätig sind, gilt nach § 240 Abs 4 Satz 2 SGB V als beitragspflichtige Einnahme für den Kalendertag der dreißigste Teil der monatlichen Beitragsbemessungsgrenze (§ 223 SGB V), bei Nachweis niedrigerer Einnahmen jedoch (grundsätzlich) mindestens der vierzigste Teil der monatlichen Bezugsgröße. Der Nachweis der tatsächlich erzielten, niedrigeren Einnahmen liegt der Krankenkasse mithin in der Regel vor, wenn sie über die Krg-Höhe zu entscheiden hat. Sind die Beiträge vor Eintritt der AU nach dem Mindesteinkommen erhoben worden, muss das vor Eintritt der AU erzielte Arbeitseinkommen konkret ermittelt werden.

16

Die Bedenken des LSG hinsichtlich des Ermittlungsaufwands teilt der Senat nicht. Die Krankenkassen haben nämlich regelmäßig bereits anlässlich des Nachweises eines geringeren Arbeitseinkommens (§ 240 Abs 2 Satz 2 SGB V) verwertbare Unterlagen über das Einkommen erhalten. Entgegen der Ansicht des LSG wird sich in aller Regel – abgesehen von dem hier vorliegenden Fall eines Berufsanfängers – hierbei auch ein Einkommensteuerbescheid befinden, dem das tatsächliche Arbeitseinkommen grundsätzlich zu entnehmen ist.

17

b) Für die Ermittlung des Regelentgelts ist auf das vor Eintritt der AU abgeschlossene Kalenderjahr 2004 und nicht auf die Monate Januar bis August 2005 abzustellen. Denn das für die Ermittlung des Regelentgelts maßgebliche Arbeitseinkommen wird in § 15 Abs 1 Satz 1 SGB IV definiert als „der nach den allgemeinen Gewinnermittlungsvorschriften des Einkommensteuerrechts ermittelte Gewinn aus einer selbstständigen Tätigkeit“. Angeknüpft wird demnach an das Einkommensteuerrecht, nach dem das Kalenderjahr der maßgebliche Veranlagungszeitraum ist (*vgl § 25 Abs 1 Einkommensteuergesetz; BSGE 98, 43 = SozR 4-2500 § 47 Nr 7, jeweils RdNr 13*). Dies hat zur Folge, dass der nach diesen Vorschriften ermittelte Gewinn aus selbstständiger Tätigkeit vor Schluss eines Kalenderjahres nicht feststeht (*vgl BSGE 79, 133, 138 ff = SozR 3-2500 § 240 Nr 27 S 102 ff*).

18

Dementsprechend werden die Beiträge der freiwillig versicherten hauptberuflich Selbstständigen bei einem Nachweis geänderter Einnahmen nach § 240 Abs 4 Satz 2 und 3 SGB V zukunftsbezogen und die tatsächlich erzielten Einnahmen in der Regel nur zeitversetzt berücksichtigt. Dies ist nicht zu beanstanden. Nur die Erfassung des Einkommens über einen längeren abgelaufenen Zeitraum spiegelt das Arbeitseinkommen eines hauptberuflich Selbstständigen, das monatlich erheblichen Schwankungen unterliegen kann, relativ zuverlässig wider. Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit wird über einen längeren Zeitraum gesehen zutreffend berücksichtigt, denn es erfolgt ein Ausgleich der wechselnden Einnahmen, indem sich sowohl die nachgewiesene Erhöhung der Einnahmen als auch deren nachgewiesene Verringerung für die zukünftige Beitragsfestsetzung jeweils bis zum Nachweis einer Änderung bei der Beitragsberechnung auswirkt (*BSG, Urteil vom 22.3.2006 – B 12 KR 14/05 R – BSGE 96, 119 = SozR 4-2500 § 240 Nr 5, jeweils RdNr 16*).

19

Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass der Kläger erst am 1.8.2004 seine selbstständige Tätigkeit aufgenommen hat. Allein der Umstand, dass der Kläger im Jahre 2004 nur fünf Monate erwerbstätig war und das Arbeitseinkommen im folgenden Jahr bis zum Eintritt der AU am 21.8.2005 höher war als im Vorjahr, begründet keine Ausnahme von dem Grundsatz, dass bei hauptberuflichen Selbstständigen auf das Einkommen in einem abgelaufenen Kalenderjahr abzustellen ist. Ob etwas anderes gilt, wenn der Zeitraum der Erwerbstätigkeit im abgeschlossenen Kalenderjahr zu kurz war, um einen Ausgleich zwischen unterschiedlichen monatlichen Einkünften herzustellen, oder wenn die AU im Jahr der Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit eintritt, braucht hier nicht entschieden zu werden.

20

Der Kläger kann für sich nichts daraus ableiten, dass der erkennende Senat eine Ermittlung des tatsächlichen Einkommens für erforderlich hält, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Betrag, welcher zuletzt vor Eintritt der AU der Beitragsbemessung zugrunde lag, hinsichtlich des Arbeitseinkommens erkennbar nicht der tatsächlichen wirtschaftlichen Situation des Versicherten vor Eintritt der AU entspricht, weil sein tatsächliches Arbeitseinkommen wesentlich geringer war (*BSGE 98, 43 = SozR 4-2500 § 47 Nr 7, jeweils RdNr 14*). Denn das tatsächliche Einkommen des Klägers im Jahr 2004 ist ermittelt und zutreffend zugrunde gelegt worden.

21

c) Der Kläger hat im Jahr 2004 keine positiven, durch das Krg ersetzbaren Einkünfte erzielt. Fehlt es – wie hier – bei Beginn der AU an einer Feststellung des steuerlichen Gewinns durch das Finanzamt, ist das Arbeitseinkommen von der Krankenkasse von Amts wegen zu ermitteln (*BSGE 98, 43 = SozR 4-2500 § 47 Nr 7, jeweils RdNr 15*). In Betracht kommt etwa die Einholung steuerrechtlich vorgeschriebener Aufzeichnungen (vgl zB § 60 Einkommensteuer-Durchführungsverordnung) oder die Inanspruchnahme von Amtshilfe des zuständigen Finanzamtes. So ist die Beklagte auch verfahren. Nach Auskunft des zuständigen Finanzamtes erzielte der Kläger im Jahr 2004 nur negative Einkünfte. Dies entspricht den Feststellungen des im November 2005 erteilten Einkommensteuerbescheides für das Jahr 2004.

22

3. Ein Anspruch des Klägers auf Krg lässt sich auch nicht aus dem sozialrechtlichen Herstellungsanspruch herleiten. Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch greift nach den allgemeinen richterrechtlichen Grundsätzen bei einer dem zuständigen Sozialleistungsträger zuzurechnenden Pflichtverletzung ein, durch welche dem Berechtigten ein sozialrechtlicher Nachteil oder Schaden entstanden ist. Auf der Rechtsfolgenseite muss durch die Vornahme einer Amtshandlung des Trägers ein Zustand hergestellt werden können, der bestehen würde, wenn die Pflichtverletzung nicht erfolgt wäre (*stRspr, vgl dazu BSG, Urteil vom 2.11.2007 – B 1 KR 14/07 R – zur Veröffentlichung in BSGE und SozR vorgesehen, RdNr 20 mwN*). Dafür liegt hier nichts vor. Entgegen der Ansicht des Klägers hätte die Beklagte auch bei früherer Vorlage der BWA für das Jahr 2005 das Krg nach dem tatsächlichen Arbeitseinkommen im Jahre 2004 berechnen müssen. Die Zahlung von Krg auf Basis des Arbeitseinkommens im Jahre 2005 wäre ein rechtswidriges Verhalten der Beklagten, das der Kläger nicht verlangen kann.

23

4. Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.