

## L 16 KR 429/13

Land  
Nordrhein-Westfalen  
Sozialgericht  
LSG Nordrhein-Westfalen  
Sachgebiet  
Krankenversicherung  
Abteilung  
16  
1. Instanz  
SG Dortmund (NRW)  
Aktenzeichen  
S 28 (12) KR 43/09  
Datum  
15.03.2013  
2. Instanz  
LSG Nordrhein-Westfalen  
Aktenzeichen  
L 16 KR 429/13  
Datum  
17.07.2014  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
B 1 KR 31/14 R  
Datum  
16.12.2014  
Kategorie  
Urteil  
Bemerkung

Auf die Rev. der Bekl. wird das Urteil des LSG aufgehoben und zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LSG zurückverwiesen.  
Neues AZ = L 16 KR 107/15 ZVW

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Sozialgerichts Dortmund vom 15.03.2013 aufgehoben. Die Beklagte wird unter Änderung des Bescheides vom 11.02.2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 18.03.2009 verurteilt, der Klägerin Krankengeld über den 31.01.2009 hinaus bis zum Erreichen der Höchstanspruchsdauer nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen zu gewähren. Die Beklagte trägt die Kosten der Klägerin in beiden Rechtszügen. Die Revision wird zugelassen.

### Tatbestand:

Die Beteiligten streiten über die Zahlung von Krankengeld (Krg) über den 31.01.2009 hinaus.

Die 1963 geborene Klägerin war bei der Fa. U Regioservice GmbH beschäftigt und Mitglied der Rechtsvorgängerin der Beklagten. Die Arbeitgeberin kündigte das Arbeitsverhältnis am 21.01.2009 zum 31.01.2009.

Die Klägerin erkrankte arbeitsunfähig (au) mit dem 12.12.2008 (bis zum 13.12.2008). Folgebescheinigungen wurden ausgestellt am 15.12.2008 bis 20.12.2008, am 22.12.2008 bis 31.12.2008, am 02.01.2009 bis 07.01.2009, am 06.01.2009 bis 10.01.2009, am 12.01.2009 bis 17.01.2009, am 16.01.2009 bis 24.01.2009, am 23.01.2009 bis 31.01.2009, am 03.02.2009 bis zum 09.02.2009 und am 09.02.2009 bis zum 15.02.2009. Am 23.01.2009 beantragte die Klägerin Krg bei der Beklagten.

Mit Bescheid vom 11.02.2009 bewilligte die Beklagte für den Zeitraum vom 26.01. bis zum 31.01.2009 Krg. Grundsätzlich bestehe ein Krg-Anspruch ab dem 13.12.2008. Da jedoch der Arbeitgeber den Lohn bis zum 25.01.2009 fortgezahlt habe, ruhe der Anspruch auf Krg bis zu diesem Tag. Mit dem 03.02.2009 als Feststellungstag sei eine neue AU-Bescheinigung bis 09.02.2009 ausgestellt worden. Das Beschäftigungsverhältnis und damit die Mitgliedschaft zur AOK Westfalen-Lippe habe mit dem 31.01.2009 geendet. Ab dem 01.02.2009 habe weder eine Mitgliedschaft noch Krankenversicherungsschutz bestanden, die einen Krg-Anspruch hätten auslösen können.

Zur Begründung ihres dagegen gerichteten Widerspruchs vom 18.02.2009 trug die Klägerin vor, sie sei seit dem 12.12.2008 ohne Unterbrechung au erkrankt. Am 03.02.2009 sei keine neue AU-Bescheinigung, sondern eine Folgebescheinigung vorgelegt worden. Die Klägerin legte dazu ein ärztliches Attest des die AU bescheinigenden Arztes Dr. U vom 16.02.2009 vor: "O.g. Patientin stellte sich am 03.02.09 vor. Am gleichen Tage wurde eine AU-Folgebescheinigung ausgestellt. Nun fehlen der 01. + 02.02.09 für den Krankengeldbezug. Hiermit bescheinigen wir Frau H, dass sie durchgehend, einschließlich der beiden oben genannten Daten, arbeitsunfähig erkrankt war. Außerdem ist es unseres Wissens nach rechtens, zwei Werkzeuge rückwirkend eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung auszustellen." Weiter machte die Klägerin geltend, sie sei gesundheitlich am 02.02.2009 nicht in der Lage gewesen, den behandelnden Arzt aufzusuchen. Sie habe sich daher bei dem Arzt erkundigt, ob eine AU-Bescheinigung auch ohne Arztbesuch erteilt werden könnte, was zunächst bejaht worden sei. Erst am nachfolgenden Tag sei sie in der Lage gewesen, den Arzt persönlich aufzusuchen, um die Bescheinigung abzuholen. Ihr sei dann erklärt worden, dass sie persönlich mit dem Arzt sprechen müsse, um die Bescheinigung zu erhalten. Daher habe die Bescheinigung erst am 03.02.2009 ausgestellt werden können. Am 01.02.2009 hätte sie keine AU-Bescheinigung erhalten können, da dies ein Sonntag gewesen sei. Im Übrigen habe sie von der Beklagten den Hinweis erhalten, sie bräuchte gar keine AU-Bescheinigungen mehr vorzulegen, was nicht nur irreführend, sondern schlichtweg falsch gewesen sei. Die Mitgliedschaft habe nicht am 31.01.2009 geendet, sondern bestehe unverändert fort.

Mit Widerspruchsbescheid vom 18.03.2009 wies die Beklagte den Widerspruch zurück. Zur Begründung verwies sie auf Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG). Danach könne AU grundsätzlich nicht rückwirkend festgestellt werden. Anspruch auf Krg bei AU entstehe erst mit dem Tag nach der ärztlichen Feststellung, unabhängig davon, ab wann AU tatsächlich bestehe. Die Voraussetzungen des Krg-Anspruchs müssten bei zeitlich befristeter AU-Feststellung und dementsprechender Krg-Gewährung für jeden Bewilligungsabschnitt erneut festgestellt werden. Die Regelung finde auch uneingeschränkt Anwendung, wenn es um eine Folge-AU aufgrund derselben Krankheit gehe. Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BSG habe es die Klägerin bis zum 31.01.2009 schuldhaft versäumt, ihre weitere AU rechtzeitig ärztlich feststellen zu lassen. Das vorgelegte ärztliche Attest entbinde die Klägerin nicht von dieser Verpflichtung. Die Klägerin hätte sich spätestens bis zum 31.01.2009 (einem Samstag) bei dem behandelnden Arzt vorstellen müssen, um sich ggf. von ihm die weitere AU bestätigen zu lassen. Für die AU ab 03.02.2009 hätte die Klägerin allenfalls ab dem 04.02.2009, dem Tag nach der ärztlichen Feststellung, im Rahmen des [§ 19 Abs. 2](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V) Anspruch auf Krg.

Die Klägerin hat zur Begründung der Klage in Ergänzung des Widerspruchs ausgeführt: Es liege ein Ausnahmefall vor, der die rückwirkende Feststellung von AU zulasse. Sie sei an der rechtzeitigen ärztlichen Feststellung durch das Verhalten der Beklagten gehindert gewesen. Diese habe gegen ihre Aufklärungspflichten verstoßen und sie, die Klägerin, nicht ausreichend über ihre Pflichten aufgeklärt, insbesondere nicht über die Folgen einer verspätet ausgestellten AU-Bescheinigung und darüber, wann diese als verspätet ausgestellt gelte. Nach Erhalt der Kündigung durch ihren Arbeitgeber habe sie sich mit der Beklagten telefonisch in Verbindung gesetzt. Die Sachbearbeiterin habe ihr erklärt, sie bräuchte keine AU-Bescheinigungen mehr einzureichen, da sie ab dem 01.02.2009 ohnehin nicht mehr versichert sei (Zeugnis des H). Alles Weitere habe in einem persönlichen Gespräch am 30.01.2009 geklärt werden sollen. Anlässlich dieses Gesprächs sei nur die Rede davon gewesen, dass sie ab dem 01.02.2009 nicht mehr versichert sei. Es sei die Frage einer Familienversicherung diskutiert, auf die Stellung eines Rentenantrages und zuletzt noch auf die Möglichkeit der freiwilligen Mitgliedschaft hingewiesen worden. All diese Informationen seien falsch gewesen und hätten sie daran gehindert, noch an diesem Tag den behandelnden Arzt aufzusuchen und eine rechtzeitige weitere AU-Bescheinigung beizubringen. Sie sei zu keinem Zeitpunkt darüber aufgeklärt worden, dass sie weiterhin beitragsfreies Mitglied der Beklagten sein würde, wenn sie eine rechtzeitige AU-Bescheinigung vorlegen würde. Wäre die Beklagte ihren Pflichten nachgekommen und hätte sie sie ordnungsgemäß aufgeklärt, statt ihr nur Vorschläge zu unterbreiten, welche auf jeden Fall zum Verlust des Krg führen mussten, hätte sie noch vor Ablauf der bescheinigten AU den behandelnden Arzt aufgesucht. Die Beklagte habe ihr auch keinen Auswahlschein überlassen, auf dem der behandelnde Arzt hätte die AU bestätigen können. Diese rückwirkenden Bestätigungen erkenne die Beklagte im Übrigen ohne Weiteres an. Die Folgebescheinigung bestätige zwar den Fortbestand der AU, der Krg-Anspruch bestehe jedoch unabhängig davon. Es lägen die Voraussetzungen des sogenannten sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs vor.

Die Klägerin hat ein weiteres ärztliches Attest ihrer die AU bescheinigenden Ärzte vom 31.03.2009 zu den Gerichtsakten gereicht. Darin ist ausgeführt: "Frau H hatte bei uns eine AU zum 31.01.2009 erhalten. Am 03.02.09 wurde eine AU-Folgebescheinigung ausgestellt, die unseres Wissens auch bis zu 3 Werktagen rückwirkend ausgestellt werden kann. Zur Dokumentation sind beide AU-Bescheinigungen als Duplikat beigelegt. Am 02.02.09 hatte sich die Patientin jedoch telefonisch in der Praxis gemeldet und nach Rücksprache für den nächsten Tag, dem 03.02.09 einen Termin erhalten, da sie am 02.02.09 nicht in der Lage war, aus gesundheitlichen Gründen persönlich zu erscheinen. Diesen Vorgang haben wir in einem Attest vom 16.02.09 bereits ebenfalls bescheinigt."

Die Beklagte hat darauf hingewiesen, dass die Klägerin zum 01.02.2009 gemäß [§ 9 Abs. 1 Nr. 1 SGB V](#) hätte eine freiwillige Mitgliedschaft begründen können. Die Klägerin sei, da sie diese Option nicht genutzt habe, gemäß [§ 5 Abs. 1 Nr. 13 SGB V](#) pflichtversichert. Ein Beratungsfehler liege nicht vor, vielmehr habe die Klägerin ihre Obliegenheiten verletzt. Sie hat eine von der Zeugin S unter dem 02.11.2009 gefertigte Stellungnahme zum Vorwurf der Erteilung einer Falschauskunft vorgelegt, auf die Bezug genommen wird.

Das Sozialgericht hat am 05.03.2012 einen Termin zur Erörterung und Beweisaufnahme durchgeführt und Beweis erhoben durch die Vernehmung des von der Klägerin benannten Zeugen H sowie der Zeugin S, Sozialversicherungsfachangestellte. Wegen der Einzelheiten der Beweisaufnahme wird auf die Niederschrift der nichtöffentlichen Sitzung des Sozialgerichts Dortmund vom 05.03.2012 verwiesen.

Mit Urteil ohne mündliche Verhandlung vom 15.03.2013 hat das Sozialgericht die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt: Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG sei ein Versicherter arbeitsunfähig, wenn er durch Krankheit gehindert sei, seine arbeitsvertraglich geschuldete, zuletzt ausgeübte Arbeit zu verrichten. Der Anspruch auf Krg entstehe nach [§ 46 Abs. 1 Nr. 2 SGB V](#) von dem Tag an, der auf den Tag der ärztlichen Feststellung der AU folge. Zur Überzeugung der Kammer lasse sich nicht feststellen, dass im Fall der Klägerin ein Ausnahmefall greifen würde. Es stehe nämlich nicht fest, dass sie alles in ihrer Macht Stehende getan habe, um das Fortbestehen des Anspruchs auf Krg und der entsprechenden Mitgliedschaft zu sichern. Die erneute Feststellung der AU erst am 03.02.2009 sei verspätet. Die von der Klägerin geschilderte Falschberatung der Beklagten sei nicht erwiesen. Die Zeugin S habe glaubhaft versichert, dass sie einem Versicherten, der au sei und die Arbeit verloren habe, nicht dahingehend berate, dass er keine AU-Bescheinigungen mehr vorlegen bräuchte. Dies sei im Hinblick auf die Erfahrung auch fernliegend. Die Aussage des Zeugen H sei demgegenüber nicht geeignet, die Kammer zu veranlassen, von der gegenteiligen Sachverhaltschilderung der Klägerin überzeugt zu sein. Dabei sei zu berücksichtigen, dass er als ehemaliger Lebensgefährte der Klägerin in ihrem Lager stehe. Dies gehe nach den Grundsätzen der objektiven Beweislast im sozialgerichtlichen Verfahren zulasten der Klägerin. Dahinstehen könne schließlich, dass die ärztlich festgestellten AU-Zeiten der Klägerin im weiteren Verlauf ebenfalls Lücken aufwiesen.

Gegen das ihr am 22.04.2013 zugestellte Urteil richtet sich die Berufung der Klägerin vom 03.05.2013. Die Klägerin verweist auf ihr erstinstanzliches Vorbringen und hält an ihrer Auffassung fest, dass ihr über den 31.01.2009 hinaus Krg zustehe. Die in ihrem Fall erfolgte Falschberatung sei eine bei der Beklagten offensichtlich gängige Praxis, denn ihr seien mindestens zwei weitere Fälle bekannt, in denen Sachbearbeiter der Beklagten genau denselben Hinweis erteilt hätten. Der Klägerin sei dies selbst widerfahren am 26.10.2010, als sie der Beklagten mitgeteilt habe, dass ein von ihr zwischenzeitlich eingegangenes Arbeitsverhältnis gekündigt worden sei. Ihr sei - bei wiederum bestehender AU - durch den zuständigen Sachbearbeiter bedeutet worden, sie solle sich an das Jobcenter wenden, damit sie dort Leistungen erhalte und über das Jobcenter krankenversichert sei. In einem weiteren Telefonat am 03.11.2011 habe ihr eine andere Sachbearbeiterin den Rat erteilt, keine weiteren AU-Bescheinigungen des Arztes mehr ausstellen zu lassen und sich sodann beim Jobcenter arbeitsuchend zu melden. Sie würde kein Krg mehr erhalten. Einem Zeugen seien ähnliche Ratschläge erteilt worden. Die Fehlinformationen hätten offenbar Methode, um sich berechtigten Krg-Zahlungen zu entziehen. Möglich sei allerdings auch, dass die einzelnen Sachbearbeiter der Beklagten völlig falsch unterrichtet seien. Aber auch dies müsste der Beklagten angelastet werden. Belegt werde dies durch ein Rundschreiben des Bundesversicherungsamtes an alle bundesunmittelbaren Krankenkassen vom 12.11.2010. Darin werde ausführlich dargelegt, dass es oft

Verfahrensfehler bei der Einstellung von Krg-Zahlungen gebe, die unrechtmäßig seien.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Dortmund vom 15.03.013 aufzuheben und die Beklagte unter Änderung des Bescheides vom 11.02.2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 18.03.2009 zu verurteilen, ihr Krankengeld über den 31.01.2009 hinaus bis zum Erreichen der Höchstanspruchsdauer nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen zu gewähren.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält das erstinstanzliche Urteil unter Hinweis auf die Rechtsprechung des BSG für zutreffend. Die Voraussetzungen eines Krg-Anspruchs und damit auch die ärztliche Feststellung der Arbeitsunfähigkeit nach [§ 46 Satz 1 Nr. 2 SGB V](#) müssten bei zeitlich befristeten Feststellungen von AU und dementsprechender Krg-Gewährung jeweils erneut für jeden Bewilligungsabschnitt vorliegen. Eine nur in Ausnahmefällen mögliche rückwirkende Nachholung der ärztlichen Feststellung der AU scheidet hier aus. Die von der Klägerin benannten Mitarbeiter hätten, zu den Vorwürfen der Klägerin befragt, entweder mitgeteilt, es habe zu keiner Zeit telefonischen Kontakt zur Klägerin gegeben, oder schriftlich dargelegt, die Klägerin in einem Telefonat über die weitere Mitgliedschaft und ihre weitergehenden Ansprüche auf Arbeitslosengeld ordnungsgemäß beraten zu haben.

In der mündlichen Verhandlung hat die Beklagte erklärt, sie werde der Klägerin Krg nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen bis zum Erreichen der Höchstanspruchsdauer gewähren, falls rechtskräftig entschieden werde, dass bei zeitlich befristeten AU-Bescheinigungen die ärztliche Feststellung des Weiterbestehens der AU nicht spätestens am letzten Tag des zuvor bescheinigten Zeitraums zu erfolgen habe, sondern für den Krg-Anspruch das objektive Bestehen von AU maßgeblich sei.

Die Klägerin hat Kopien der AU-Bescheinigungen für den Zeitraum vom 23.01.2009 bis zum 08.06.2010 vorgelegt; auf die genannten Unterlagen wird Bezug genommen.

Wegen weiterer Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte sowie der Verwaltungsakte der Beklagten verwiesen, der Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen ist.

Entscheidungsgründe:

I. Die Berufung der Klägerin ist statthaft und auch sonst zulässig.

II. Ihre Berufung ist auch begründet. Der Bescheid vom 11.02.2009 ist rechtswidrig, soweit Krg über den 31.01.2009 hinaus verweigert worden ist. Der Klägerin steht Krg auch für die Zeit ab dem 01.02.2009 bis zur Ansprucherschöpfung am 08.06.2009 zu, so dass das Sozialgericht die Klage zu Unrecht abgewiesen hat.

Nach [§ 44 Abs. 1](#) 1. Alt. SGB V haben Versicherte Anspruch auf Krg, wenn Krankheit sie au macht. Ob der Betroffene mit Anspruch auf Krg versichert ist, bestimmt sich nach seinem Status zum Zeitpunkt der ärztlichen Feststellung der AU (so jetzt [BSGE 111, 18](#), Rn. 15; anders allerdings erneut BSG, Urteil vom 04.03.2014 - [B 1 KR 17/13 R](#) - Rn. 14, wo wieder die frühere Formulierung aufgegriffen wird, für den Umfang des Versicherungsschutzes sei auf den Tag abzustellen, der dem Tag der Feststellung der AU folge). Die Klägerin war aufgrund ihrer Beschäftigung bei der Fa. U Regioservice GmbH mit Anspruch auf Krg versichert ([§§ 5 Abs. 1 Nr. 1, 44 SGB V](#)). Ihre Mitgliedschaft endete aber nicht mit dem Wegfall der Beschäftigung gegen Entgelt, sondern blieb nach Maßgabe des [§ 192 Abs. 1 Nr. 2 SGB V](#) durch den Bezug von Krg bzw. einen Anspruch auf Krg erhalten. Somit bestand die Mitgliedschaft aus der Beschäftigtenversicherung bis zum 31.01.2009 schon aufgrund der Gewährung von Krg fort. Sie bestand aber auch im Zeitraum nach dem 31.01.2009 fort, da der Klägerin aufgrund der am 12.12.2008 eingetretenen und festgestellten AU ein durchgehender mitgliedschaftserhaltender Krg-Anspruch zustand, der unabhängig vom Zeitpunkt weiterer ärztlicher AU-Feststellungen bestand.

Allerdings geht das BSG in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass auch bei fortdauernder AU, "aber abschnittsweiser Krg-Bewilligung" in jedem Bewilligungszeitraum rechtlich selbstständige Ansprüche auf Krg bestehen. Das BSG verlangt "bei zeitlich befristeter AU-Feststellung und dementsprechender Krg-Gewährung", dass die Voraussetzungen des Krg-Anspruchs, vor allem ein Mitgliedschaftsverhältnis mit Anspruch auf Krg, für jeden Bewilligungsabschnitt erneut festgestellt werden müssen, wobei [§ 46 Satz 1 Nr. 2 SGB V](#) uneingeschränkt auch dann Anwendung finden soll, wenn es um die Folge-AU wegen derselben Krankheit geht (vgl. [BSGE 94, 247](#); [95, 219](#); [SozR 4-2500 § 44 Nr. 12](#); [SozR 4-2500 § 46 Nr. 12](#); Urteil vom 26.07.2007 - [B 1 KR 2/07 R](#) = USK 2007-33; [SozR 4-2500 § 44 Nr. 14](#); [SozR 4-2500 § 192 Nr. 4](#); [BSGE 111, 9](#); [111, 18](#); Urteil vom 04.03.2014 - [B 1 KR 17/13 R](#)). Das BSG nimmt somit eine Kette rechtlich selbstständiger Ansprüche an, die jeweils neu entstehen müssen. Da nach [§ 46 Satz 1 Nr. 2 SGB V](#) ein Krg-Anspruch am Tag nach der ärztlichen Feststellung der AU entsteht, muss die weitere AU vor Ablauf des Krg-Bewilligungsabschnitts (und zwar spätestens am letzten Tag des Bewilligungszeitraums) erneut ärztlich festgestellt werden, damit eine nahtlose Reihe von Krg-Ansprüchen besteht, die für die Erhaltung der Mitgliedschaft erforderlich ist. Wegen der verzögerten Anspruchsentstehung erst am Tag nach der ärztlichen Feststellung der AU (anders allerdings bei Versicherten im Rahmen der Krankenversicherung der Arbeitslosen (KVdA), [§ 47b Abs. 1 Satz 2 SGB V](#), s. dazu unten 2 f) führt eine "Lücke" in den AU-Feststellungen (in Wahrheit liegt allerdings insoweit keine Lücke vor, weil eine AU-Feststellung am Tag nach dem zuletzt bescheinigten Zeitraum nahtlos an die vorangegangene Feststellung anknüpft; lediglich wegen der Anwendung des [§ 46 Satz 1 Nr. 2 SGB V](#) kommt es zu einer Lücke in den Krg-Anspruchszeiträumen) dazu, dass mit dem Ende des Krg-Anspruchs auch die über ihn aufrecht erhaltene Mitgliedschaft mit Anspruch auf Krg endet und anschließend allenfalls ein nachgehender Krg-Anspruch ([§ 19 Abs. 2 SGB V](#)) in Betracht kommt (s. dazu [BSGE 111, 9](#) Rn. 30 ff.).

Auf der Grundlage dieser Rechtsprechung haben die Beklagte und das Sozialgericht angenommen, die Klägerin sei am 03.02.2009 bei der erneuten ärztlichen Feststellung der AU nicht mehr mit Anspruch auf Krg versichert gewesen, da ihre Mitgliedschaft mit dem Krg-Anspruch am 31.01.2009 geendet habe. Diese Annahme ist allerdings schon auf dem Boden der zitierten Rechtsprechung des BSG deshalb

fragwürdig, weil dessen Argumentation immer auf das Ende des Krg-Bewilligungszeitraums abstellt. Da hier die Beklagte Krg erst nachträglich mit Bescheid vom 11.02.2009 bewilligt hat, gab es keinen am 31.01.2009 ablaufenden Krg-Bewilligungsabschnitt, so dass sich damit hätte die Frage aufdrängen müssen, warum trotz durchgehend bescheinigter AU der Krg-Anspruch am 31.01.2009 enden sollte.

Der Senat, der bisher ebenso wie andere Obergerichte (s. nur LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 23.11.2011 - L 9 KR 563/11; LSG Hamburg, Urteil vom 04.12.2012 - [L 1 KR 25/11](#); LSG Hessen, Urteil vom 24.10.2013 - [L 8 KR 114/12](#); LSG NRW, Urteil vom 19.12.2012 - L 11 KR 538/12; Urteil vom 11.4.2013 - [L 5 KR 462/12](#)) der genannten Rechtsprechung des BSG gefolgt ist (s. etwa Senat, Urteil vom 14.07.2011 - [L 16 KR 73/10](#); Urteil vom 15.03.2012 - L 16 KR 146/11), hält nach Überprüfung hieran nicht fest und ist der Auffassung, dass es der ärztlichen Feststellung der AU als Voraussetzung der Entstehung des Krg-Anspruchs nur für den Beginn des Krg-Anspruchs bedarf und dieser - unabhängig von ärztlichen Feststellungen und Bescheinigungen - so lange fortbesteht, wie objektiv AU wegen derselben Krankheit vorliegt (ebenso SG Trier, Urteil vom 24.04.2013 - [S 5 KR 77/12](#); SG Mainz, Urteil vom 24.09.2013 - [S 17 KR 247/12](#); SG Speyer, Urteil vom 22.11.2013 - [S 19 KR 600/11](#)). Es ist demnach unerheblich, dass hier nach der AU-Bescheinigung bis 31.01.2009 die Folgebescheinigung erst am 03.02.2009 erfolgte und auch später weitere AU-Feststellungen nicht rechtzeitig i.S. der zitierten Rechtsprechung des BSG erfolgt sind.

1. Das BSG hat erstmals im Urteil vom 22.03.2005 ([BSGE 94, 247](#)) angenommen, dass bei abschnittsweiser Gewährung von Krg das Vorliegen der leistungsrechtlichen Voraussetzungen für jeden weiteren Bewilligungsabschnitte zu prüfen sei. Es hat dabei an frühere Rechtsprechung angeknüpft (nach dem Leitsatz zu 1) wird das Urteil unter anderem als Fortführung von [BSGE 70,31](#) bezeichnet), die allerdings nur den Inhalt von Krg-Bewilligungen betraf. Das BSG hatte insoweit entschieden, dass in einer Gewährung von Krg wegen AU auf der Grundlage einer befristeten AU-Bescheinigung vorbehaltlich einer abweichenden Bestimmung regelmäßig die Entscheidung der Kasse zu sehen sei, dass Krg für die Zeit der bescheinigten AU gewährt werde, so dass damit mit der Krg-Bewilligung auch über das - vorläufige - Ende der Krg-Bezugszeit entschieden werde (grundlegend BSG SozR 2200 § 182 Nr. 103; [BSGE 70, 31](#)). Rechtliche Bedeutung hat diese Aussage des BSG aber allein auf der verfahrensrechtlichen Ebene: Aufgrund der zeitlichen Begrenzung der Bewilligung kann die Kasse über die Weiterbewilligung von Krg ungeachtet der vorangegangenen Bewilligung ohne die Bindungen der [§§ 45, 48](#) Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X) entscheiden. Sie kann also eigenständig prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen des Krg-Anspruchs (weiter) vorliegen und dürfte ohne Rücksicht auf die vorangegangene Bewilligung eine Weitergewährung ablehnen, wenn etwa die AU unzutreffend beurteilt oder ein gesetzlicher Ausschlussgrund (s. [§ 50 Abs. 1 SGB V](#)) nicht beachtet worden wäre. Ebenso liegt in der Ablehnung der Weitergewährung nicht der Entzug der Leistung, so dass [§ 86a Abs. 2 Nr. 3 SGG](#) nicht eingreift (s. Bayerisches LSG, [NZS 2012, 341](#); Schleswig-Holsteinisches LSG, Breith. 2013, 657). In den genannten Entscheidungen wird dementsprechend auch nicht vom Ende des Krg-Anspruchs, sondern nur vom "Ende der Krg-Bezugszeit" gesprochen.

Über diese Rechtsprechung geht das BSG im Urteil vom 22.03.2005 (und in den folgenden Entscheidungen) hinaus, wenn es ausführt, dass auch nach vorangegangener Krg-Gewährung "die rechtlichen Voraussetzungen des Krg-Anspruchs und damit ein neuer Leistungsfall" zu prüfen seien (juris Rn. 31). Es nimmt jetzt also an, dass mit Ablauf des bisher bewilligten Krg-Bezugs ein neuer Krg-Anspruch entstehen muss, so dass folgerichtig auch [§ 46 Satz 1 Nr. 2 SGB V](#) zur Anwendung kommt (so ausdrücklich BSG [SozR 4-2500 § 44 Nr. 12](#) Rn.16).

Demgegenüber hatte das BSG im Urteil vom 26.11.1991 ([BSGE 70, 31](#)) noch betont, Entstehung und Fortbestand sozialrechtlicher Ansprüche bestimmten sich nach dem Recht, das zur Zeit der Anspruchsentstehung galten habe, sofern nicht später entstandenes Recht etwas anderes bestimme (juris Rn. 14), so dass es in einem Fall, in dem ein (in der sechsten Blockfrist) im November 1988 wiederaufgelebter Krg-Anspruch für die Zeit ab Inkrafttreten des SGB V (01.01.1989) in Frage stand, ungeachtet einer abschnittsweisen Krg-Bewilligung entschieden hat, dass auf die weitere Dauer des wiederaufgelebten Krg-Anspruchs das alte Recht Anwendung finde (juris Rn. 16). Es war also ersichtlich der Ansicht, dass auch bei abschnittsweiser Krg-Bewilligung ein einheitlicher Leistungsanspruch vorliegt und nicht entsprechend den Bezugszeiträumen jeweils ein neuer selbstständiger Leistungsanspruch entsteht. Diese Sichtweise bestimmt auch noch das Urteil vom 08.02.2000 ([BSGE 85,271](#)). Es beschäftigt sich nur mit der Frage, ob einem rückwirkend nach zwei Jahren erhobenen Anspruch auf Krg das Ruhen wegen der unterbliebenen Meldung ([§ 49 Abs. 1 Nr. 5 SGB V](#)) entgegenstehe. Das BSG hat zwar in der Entscheidung gefordert, dass die AU vor jeder erneuten Inanspruchnahme des Krg angezeigt werden müsse und dazu ausgeführt, auch wenn bei ununterbrochenem Leistungsbezug wegen der Befristung der bisherigen Krankschreibung über die Weitergewährung neu zu befinden sei, müsse der Versicherte die AU rechtzeitig vor Fristablauf feststellen lassen und seiner Krankenkasse melden, wenn er das Ruhen des Leistungsanspruchs vermeiden wolle (a.a.O. S. 275). Dass das BSG in diesem Zusammenhang aber nur das Ruhen des Anspruchs anspricht, zeigt, dass es offensichtlich die ärztliche Feststellung nicht als Entstehensvoraussetzung des weiteren Krg-Anspruchs angesehen hat, sondern (nur) als selbstverständliche Voraussetzung der Meldung (denn Ruhen kann nur ein entstandener Anspruch).

Weshalb das BSG in dem Urteil vom 22.03.2005 hiervon abgerückt und - wie der Verweis auf [BSGE 90,72](#), 83, wo es um die erstmalige Entstehung des Krg-Anspruchs gegangen war, zeigt - jetzt annimmt, dass mit jedem Bewilligungszeitraum ein neuer Anspruch auf Krg entstehen muss, wird in der Entscheidung nicht näher begründet. Ohnehin ging es in der genannten Entscheidung nur um die Frage, ob bei einem während des Bezugs von Arbeitslosengeld (Alg) au gewordenen Versicherten die bei Beginn der AU geltenden Zumutbarkeitsbestimmungen des (damals geltenden) [§ 121](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch ((SGB III), jetzt [§ 140 Abs. 3 SGB III](#)) maßgeblich für die Beurteilung der AU auch für die späteren Bewilligungsabschnitte sind. Insoweit hat das BSG sein Abrücken von dem Grundsatz, dass der Fortbestand sozialrechtlicher Ansprüche nach dem zur Zeit der Anspruchsentstehung geltenden Recht zu beurteilen sei, u.a. damit begründet, es gehe hier nicht um eine Rechtsänderung, sondern um die Anwendung abgestufter Zumutbarkeitskriterien, die dem Anspruch auf Alg von vornherein innewohnen (juris Rn. 32).

Im Urteil vom 08.11.2005 ([BSGE 95, 219](#)) hat das BSG diese Rechtsprechung nunmehr auch auf das Mitgliedschaftsverhältnis bezogen. Da es zu Lücken bei der ärztlichen Feststellung der AU gekommen sei, habe es an einer den Krg-Anspruch erhaltenden ärztlichen Feststellung durchgehender AU gefehlt, so dass die an die frühere Beschäftigung anknüpfende Mitgliedschaft mangels durchgehenden Krg-Anspruchs bei der späteren Geltendmachung des Krg-Anspruchs nicht mehr bestanden habe (Rn. 14).

2. Der Senat hält diese Rechtsprechung des BSG nicht für überzeugend.

a) Es fehlt schon an einer nachvollziehbaren Begründung, weshalb das BSG abweichend von seiner früheren Auffassung jetzt annimmt, dass trotz durchgehender AU bei den in der Praxis üblichen zeitlich befristeten AU-Bescheinigungen und Krg-Bewilligungen jeweils rechtlich

selbstständige Leistungsansprüche bestehen, auf die jeweils [§ 46 Satz 1 Nr. 2 SGB V](#) Anwendung findet. Der Wortlaut der Vorschrift spricht nur von der Entstehung "des" Anspruchs auf Krg. Das Gesetz bietet keinen Anhaltspunkt dafür, dass dieser Anspruch nur für die Dauer des prognostizierten Zeitraums entsteht oder an dessen Ende erlischt und damit bei Fortbestehen der AU eine Kette von Krg-Ansprüchen besteht. Regelungen zum Ende bzw. dem Wegfall des Krg-Anspruchs trifft das Gesetz in [§ 50 Abs. 1 SGB V](#) und [§ 51 Abs. 3 SGB V](#). Gerade mit Blick auf [§ 48 Abs. 1 Satz 1 SGB V](#), wonach Krg wegen derselben Krankheit von Beginn der AU für begrenzte Zeit gezahlt wird, liegt es näher, dass der durch die Feststellung der AU ausgelöste Krg-Anspruch so lange besteht, wie die durch dieselbe Krankheit verursachte AU objektiv vorliegt.

Dagegen spricht auch nicht der Zweck der Vorschrift. Sie soll den Versicherten bewegen, rechtzeitig die AU durch einen Arzt feststellen zu lassen, um damit Missbrauch und Unsicherheiten wegen eines behaupteten früheren Eintritts von AU vorzubeugen ([BSGE 95, 219](#) Rn.16). Die Erforderlichkeit einer ärztlichen Feststellung der AU geht auf eine Neufassung der Vorgängerregelung in § 182 Abs. 3 RVO zurück. Während davor der Nachweis der AU auch rückwirkend geführt werden konnte, hat dann der Gesetzgeber aus Gründen der Praktikabilität und zur Missbrauchsabwehr die Feststellung durch den Arzt für maßgeblich erklärt. Es ging also bei der Neuregelung (nur) darum, den Eintritt des Versicherungsfalls zuverlässig feststellen zu können und die Zuerkennung von Krg vor Aufsuchen eines Arztes auszuschließen (vgl. [BSGE 24, 278, 279](#); Schmidt in Peters, Handbuch der Krankenversicherung - SGB V, § 46 Rn. 21). Dieses Ziel ist erreicht, wenn man die erstmalige Gewährung von Krg von der ärztlichen Feststellung abhängig macht, weil damit das Vorliegen des Versicherungsfalls festgestellt ist und von der Kasse überprüft werden kann. Im Folgenden geht es nur noch um die Prüfung, ob dieser Versicherungsfall weiter vorliegt. Daher ist die Auffassung überzeugend, dass nach der Erstfeststellung der AU alle weiteren Krg-Ansprüche allein in Abhängigkeit vom tatsächlichen Fortbestehen des Versicherungsfalles entstehen und die weiteren AU-Feststellungen nur dem Nachweis des Fortbestehens der AU und nicht der Feststellung einer neuen AU dienen (Berchtold, Krankengeld, 2004, Rn. 527; Schmidt, a.a.O., § 44 Rn. 35a, § 46 Rn.32, § 49 Rn. 110a).

b) Auch die Leistungsentscheidungen der Krankenkasse können nicht bewirken, dass ein entstandener Krg-Anspruch bei fortbestehender AU erlischt und neu entstehen muss. Dass bei zeitlich befristeten Krg-Bewilligungen schon das Ende des Bezugszeitraums festgelegt wird und dementsprechend eine neue Entscheidung für den Folgezeitraum zu ergehen hat, bedeutet nur, dass über die Folgezeit neu entschieden werden muss, ist aber unerheblich für die Frage, ob auch für die Folgeperiode der Krg-Anspruch neu entstehen muss. Wie oben gezeigt, hat die Rechtsprechung, wonach Krg nur für die Dauer des bescheinigten Zeitraums bewilligt wird, verfahrensrechtliche Bedeutung. Zwar müssen auch für den weiteren Krg-Bezug die gesetzlichen Voraussetzungen, namentlich fortbestehende AU vorliegen und es dürfen keine entgegenstehende Gründe wie die Ansprucherschöpfung ([§ 48 Abs. 1 SGB V](#)) oder ein gesetzlicher Ausschlussstatbestand ([§ 50 Abs. 1 SGB V](#)) eingreifen. Damit wird aber nur der Fortbestand des materiellen Krg-Anspruchs geprüft. Mit Recht ist daher in den Ausgangsentscheidungen des BSG nicht vom Ende des Krg-Anspruchs, sondern des Krg-Bezugsraums die Rede.

Wenn demgegenüber das BSG jetzt meint, der Krg-Anspruch müsse für jeden Bewilligungsabschnitt neu entstehen und eigenständig geprüft werden, werden die Fragen des Ent- bzw. Bestehens des materiellen Krg-Anspruchs und dessen Zuerkennung durch die Kasse miteinander vermengt. Der materielle Krg-Anspruch besteht unabhängig von der Entscheidung der Kasse; ein zu Unrecht abgelehnter Anspruch geht, wie schon [§ 44 SGB X](#) zeigt, nicht unter, sondern muss nur gegen die Kasse durchgesetzt werden. Im Übrigen geht das BSG auch selbst davon aus, dass die Entscheidung der Kasse nicht maßgeblich für das Bestehen des materiellen Krg-Anspruchs ist, wenn es annimmt, dass eine zeitlich nicht eingegrenzte ärztliche AU-Bescheinigung auch einen über den gegenwärtigen Krg-Bewilligungsabschnitt hinausreichenden Anspruch für weitere Bewilligungsabschnitte begründen kann ([BSGE 111,18](#) Rn. 18; BSG, Urteil vom 12.03.2013 - [B 1 KR 7/12 R](#) juris Rn. 15). Demnach besteht der materielle Krg-Anspruch unabhängig von der Verwaltungsentscheidung der Kasse.

c) Wenn das BSG von zeitlich befristeten AU-Bescheinigungen und dementsprechender Krg-Bewilligung spricht und fordert, dass die weitere Feststellung der AU vor Ablauf des Krg-Bewilligungsabschnitts erfolgen müsse, liegt dem offenbar die Vorstellung zugrunde, dass Krg im Voraus für die Zeit der ärztlich prognostizierten Dauer der AU gewährt werde (s. auch LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 23.11.2011 - [L 9 KR 563/07](#), juris Rn. 39 ff., das unter Zitierung der Rechtsprechung des BSG meint, nach der "gesetzlichen Konzeption" könne ein Anspruch auf Krg nur für zukünftige, der Feststellung der AU folgende Zeiträume begründet werden, so dass es "grob fehlerhaft" sei, wenn eine Kasse für abgelaufene Zeiträume AU-Bescheinigungen verlange und nur für diese Zeiträume Krg zahle).

Dem entspricht aber die sich auch in § 6 Abs. 2 Satz 2 der "Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses über die Beurteilung der AU und die Maßnahmen zur stufenweisen Wiedereingliederung nach [§ 92 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 SGB V](#)" ((AU-RL) i.d.F. vom 14.11.2013 (BAnz AT 27.01.2014 B4)) ausdrückende Praxis der Krankenkassen nicht. Nach Ablauf der Entgeltfortzahlung, während der der Krg-Anspruch ruht ([§ 49 Abs. 1 Nr. 1 SGB V](#)), erfolgt die Krg-Gewährung in der Praxis nach Kenntnis des Senats aus zahlreichen Verfahren verbreitet unter Verwendung von Auszahlungsscheinen. Dabei wird überwiegend das Krg nur bis zum Zeitpunkt der Ausstellung des Auszahlungsscheins gezahlt, auch wenn der Arzt darüber hinaus für eine Folgezeit AU bescheinigt hat. Andere Kassen - wie in dem mit Urteil vom heutigen Tag entschiedenen Parallelverfahren [L 16 KR 208/13](#) - zahlen das Krg auch über das Datum der Ausstellung hinausgehend bis zum Ende des Monats. In allen Fällen erfolgt aber immer die Gewährung von Krg rückwirkend für einen (zumindest weitgehend) bereits abgelaufenen Zeitraum. Wird von der Krankenkasse Krg nachträglich nur bis zum Datum der Ausstellung der letzten AU-Bescheinigung gezahlt, gibt es also nie einen Bewilligungsabschnitt, vor dessen Ablauf AU erneut festgestellt werden könnte. Dieser Praxis der Kassen entspricht § 6 Abs. 2 Satz 1 AU-RL, der vorsieht, dass die Bescheinigung für die Krg-Zahlung rückwirkend für einen nicht mehr als sieben Tage umfassenden Zeitraum (und nur für zwei Tage im Voraus) erfolgen soll, wobei Abs. 3 sogar davon ausgeht, dass rückwirkend AU auch dann bescheinigt werden darf, wenn der Versicherte mit triftigem Grund einen ärztlichen Behandlungstermin nicht wahrgenommen hat. Die Regelung geht also davon aus, dass es ausreicht, wenn rückblickend zuverlässig das objektive Bestehen von AU festgestellt werden kann. Auch wenn die AU-RL nicht einer gesetzlichen Regelung widersprechen oder sie modifizieren können, zeigen sie doch, dass die Praxis der Krg-Gewährung nicht (und noch nie) dem "Modell" des BSG einer Krg-Zahlung für einen der Bescheinigung nachfolgenden Zeitraum entspricht. Es ist somit festzustellen, dass die Krankenkassen zwar verbal die Rechtsprechung des BSG rezipieren, ihre Praxis der Krg-Zahlung aber einem anderen "Modell" folgt. Warum die Krankenkassen gleichwohl meinen, auf der Grundlage dieser Rechtsprechung Krg verweigern zu dürfen, wenn Versicherte zu einem späteren als dem im Auszahlungsschein angegebenen Datum den Arzt aufsuchen, um weiter AU bescheinigen zu lassen, bleibt offen. Sie können sich jedenfalls nicht darauf berufen, aufgrund ihrer befristeten Bewilligung habe der Krg-Anspruch mit dem Ende des Bewilligungszeitraums geendet, wenn sie ohnehin nicht für die voraussichtliche weitere Dauer der AU, sondern nur für den zurückliegenden Zeitraum Krg bewilligt haben (daher unter dem Gesichtspunkt des venire contra factum proprium der Krankenkasse die Berufung auf eine rückwirkende Feststellung von AU versagend, wenn bislang immer im Auszahlungsscheinverfahren Krg für rückwirkend bescheinigte AU-Zeiten

gezahlt worden ist LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 24.04.2012 - [L 11 KR 384/10](#), juris Rn. 38).

d) In Wahrheit ist aber auch für das BSG die Krg-Bewilligung letztlich ohne rechtliche Bedeutung. Obwohl es immer die Formulierung von "zeitlich befristeter AU-Feststellung und dementsprechender Krg-Gewährung" gebraucht bzw. die "Feststellung von AU vor Ablauf des Krg-Bewilligungsabschnitts" fordert, prüft es in den Entscheidungen nie, wann Bewilligungen erfolgt waren und welchen Inhalt diese hatten. Tatsächlich geht das BSG immer nur vom Inhalt der ärztlichen Bescheinigungen aus. Dies wird besonders deutlich in den Fällen, in denen überhaupt keine Krg-Bewilligung vorlag. So hatte in einem der am 26.06.2007 entschiedenen Fälle der Versicherte Entgeltfortzahlung auf der Grundlage einer entsprechend befristeten AU-Bescheinigung bis zum Ende der Beschäftigung am 31.05. erhalten. Die weitere ärztliche Feststellung der AU erfolgte dann am 01.06. Das BSG behauptet in der Entscheidung ohne weiteres, es gebe einen neuen Bewilligungsabschnitt ab dem 01.06., für den es dann an der Aufrechterhaltung der Mitgliedschaft fehle (BSG [SozR 4-2500 § 44 Nr. 12](#) Rn. 16), obwohl mit Sicherheit wegen der Entgeltfortzahlung keine Entscheidung über das Krg ergangen war und der noch während der Beschäftigung entstandene Krg-Anspruch lediglich wegen des Bezugs von Arbeitsentgelt geruht hatte ([§ 49 Abs. 1 Nr. 1 SGB V](#)). Auch in dem dem Urteil vom 10.05.2012 ([BSGE 111, 9](#)) zugrunde liegenden Fall war keine Krg-Bewilligung erfolgt. Die Kasse hatte nämlich schon von Anfang an die Entstehung eines Krg-Anspruchs verneint, weil die AU erst am letzten Tag des Beschäftigungsverhältnisses festgestellt worden war, was die Kasse unter Hinweis auf ein Besprechungsergebnis der (früheren) Spitzenverbände der Krankenkassen (Besprechungsergebnis vom 07.05.2008, Die Leistungen 2008, 751) nicht für ausreichend gehalten hatte. Ebenso hatte in der Entscheidung vom 02.11.2007 die Krankenkasse aus Rechtsgründen von Anfang an die Zahlung von Krg abgelehnt - das BSG bejahte wohl grundsätzlich einen Krg-Anspruch, hielt aber bei der Prüfung dessen Dauer bei einer Lücke in den AU-Feststellungen den Verlust der Mitgliedschaft mit Krg-Anspruch für möglich (BSG [SozR 4-2500 § 44 Nr. 14](#) Rn. 21). In allen diesen Fällen konnte es mangels Entscheidungen über das Krg auch keine Entscheidung der Kasse über das Ende des Anspruchs geben, so dass entgegen der Formel von "zeitlich befristeter AU-Feststellung und dementsprechender Krg-Gewährung" allein der Inhalt der ärztlichen AU-Bescheinigungen über den Bestand des Krg-Anspruchs entscheiden sollte. Bezeichnenderweise verlangt das BSG in einem obiter dictum sogar bei einem Streit zwischen Kasse und Versichertem über das Bestehen von AU als Voraussetzung eines Krg-Anspruchs, dass der Versicherte sich bei befristeten AU-Bescheinigungen vor Fristablauf die AU erneut ärztlich bescheinigen lassen und der Kasse melden müsse, wenn er das Erlöschen oder das Ruhen des Anspruchs vermeiden wolle ([BSGE 111, 18](#) Rn. 20), obwohl in dieser Zeit gerade keine "dementsprechenden" Krg-Bewilligungen erfolgen. Das behauptete Erlöschen des Krg-Anspruchs mit Ablauf des bescheinigten AU-Zeitraums konnte somit nicht durch eine das Ende des Krg-Anspruchs festlegende Entscheidung der Kasse über den Bezugszeitraum bewirkt worden sein.

e) Wie dargelegt stellt somit das BSG allein auf den Inhalt der ärztlichen Bescheinigung für den Bestand des Krg-Anspruchs ab. Bescheinigt der Arzt AU auf unbestimmte Zeit, bestünde demnach ein zeitlich nicht begrenzter Krg-Anspruch, während eine befristete Feststellung von AU dazu führen würde, dass auch nur ein entsprechend zeitlich begrenzter Anspruch auf Krg entsteht. Hierfür gibt aber weder der Wortlaut des [§ 46 Satz 1 Nr. 2 SGB V](#) etwas her, noch wäre diese Annahme mit der Bedeutung der ärztlichen Feststellung vereinbar. Die AU ist ein Rechtsbegriff, dessen Bestimmung jenseits der medizinischen Kompetenz des Arztes liegt (Tischler in BeckOK Sozialrecht SGB V, § 46 Rn.15). Der Arzt muss nur die medizinischen Anteile des AU-Begriffs feststellen, also Art und Schwere der Gesundheitsstörung und die damit verbundene Einschränkung des Leistungsvermögens. Demgegenüber obliegt die Entscheidung, ob der Versicherte damit au ist, weil er mit diesem Leistungsvermögen weder seine letzte noch eine ähnliche Tätigkeit verrichten kann, der Krankenkasse. Mit der Befristung trifft der Arzt nur eine prognostische Aussage, wie lange voraussichtlich die Einschränkung des Leistungsvermögens bestehen wird. Auch wenn er in der Bescheinigung eine Aussage über das Vorliegen von AU trifft, hat seine Bescheinigung nur die Bedeutung einer die Kasse nicht bindenden ärztlich-gutachterlichen Stellungnahme ([BSGE 111, 18](#) Rn. 14; KassKomm/Brandts, [§ 46 SGB V](#) Rn. 14). Dementsprechend hat das BSG in anderem Zusammenhang dezidiert ausgeführt, der Arzt habe nicht über das rechtliche Bestehen von Leistungsansprüchen - hier auf Krg - zu befinden oder gar hierüber Verwaltungsakte zu erlassen (BSG [SozR 4-2500 § 44 Nr. 7](#) Rn. 28; [BSGE 95, 219](#) Rn. 25). Mit dieser Aussage wäre unvereinbar, wenn die ärztliche Bescheinigung für die Dauer des entstandenen Anspruchs auf Krg maßgeblich wäre, weil damit faktisch der Arzt doch über den rechtlichen Bestand des Krg-Anspruchs "entscheiden" würde. Der Befristung einer ärztlichen Bescheinigung kann damit nicht die Bedeutung beigemessen werden, dass nur für den bescheinigten Zeitraum ein Krg-Anspruch entstanden ist. Damit fehlt es aber an einer tragfähigen Begründung für das Erlöschen des Krg-Anspruchs mit dem Ende des ärztlich bescheinigten AU-Zeitraums und die Notwendigkeit der Erfüllung aller leistungsrechtlichen Voraussetzungen einschließlich der ärztlichen Feststellung nach [§ 46 Satz 1 Nr. 2 SGB V](#) für die Weiterbewilligung des Krg.

f) Gegen die Auffassung des BSG ist auch einzuwenden, dass sie zu einer unterschiedlichen Behandlung von Versichertengruppen führt, die auch bei der Umsetzung der Rechtsprechung in der Praxis zu Verwirrungen führen kann. Für Versicherte in der KVdA gilt nämlich nicht [§ 46 Satz 1 Nr. 2 SGB V](#), sondern [§ 47b Abs. 1 Satz 2 SGB V](#), der ihnen einen Krg-Anspruch schon vom ersten Tag der AU an einräumt. Selbst wenn man entgegen dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift, der nur auf das Bestehen von AU abstellt (daher einen Krg-Anspruch unabhängig von einer ärztlichen AU-Feststellung bejahend Just in Eichenhofer/Wenner, SGB V, § 47b Rn. 5; Jousen in Becker/Kingreen, SGB V, 4. Aufl., § 47b Rn. 2; Berchtold, Krankengeld, 2004, Rn. 888; Meyerhoff in jurisPK-SGB V, 2. Aufl., § 47b Rn. 35; Tischler in BeckOK-Sozialrecht, [§ 47b SGB V](#), Rn. 5; Krauskopf/Vay, Soz. Krankenversicherung, Pflegeversicherung, [§ 47b SGB V](#) Rn. 7), mit dem BSG annimmt, "mit Rücksicht auf [§ 46 Satz 1 Nr. 2 SGB V](#)" komme es auch bei [§ 47b Abs. 1 Satz 2 SGB V](#) nicht auf den wirklichen Beginn der AU, sondern deren ärztliche Feststellung an ([BSGE 90, 72, 82](#); ebenso KassKomm/Brandts, [§ 47b SGB V](#), Rn. 13), entsteht der Krg-Anspruch bereits mit dem ersten Tag der AU-Feststellung. Bei Annahme rechtlich selbstständiger Einzelansprüche müsste die Vorschrift nach Ablauf der Leistungsfortzahlung ([§ 146 SGB III](#)) auch für die Folgeansprüche gelten, so dass bei befristeten AU-Bescheinigungen die Folgefeststellungen nicht schon am letzten Tag des bescheinigten Zeitraums erfolgen müssen, sondern eine Feststellung am folgenden Tag ausreichend wäre. Denn damit würde bereits für diesen Tag der (weitere) Anspruch auf Krg entstehen und somit eine nahtlose Reihe von Krg-Ansprüchen vorliegen, die zur Aufrechterhaltung der mit Krg-Anspruch verbundenen Mitgliedschaft in der KVdA ausreichen würde (so jetzt ausdrücklich [BSGE 111, 9](#) Rn. 18 für die Beschäftigtenversicherung; soweit das BSG in einem Urteil vom 26.07.2007 ([B 1 KR 2/07 R](#)) gemeint hat, die Versicherung in der KVdA sei bei einem bis zum 14.08. bestehenden Krg-Anspruch am 15.08. bei der weiteren ärztlichen AU-Feststellung bereits beendet gewesen (juris Rn. 14), dürfte es entweder übersehen haben, dass unabhängig vom Zeitpunkt der ärztlichen Feststellung an diesem Tag der Krg-Anspruch für den 15.08. entstanden war und dieser Anspruch sich damit nahtlos an den Krg-Bezug bis 14.08. anschloss oder es hat damals noch nicht eine nahtlose Kette von Krg-Ansprüchen für ausreichend gehalten). Es liegt auf der Hand, dass sowohl für Versicherte als auch Ärzte diese unterschiedlichen Voraussetzungen kaum verständlich sind und es damit zu Unsicherheiten hinsichtlich des Zeitpunkts eines Wiedervorstellungstermins kommen kann.

Der Senat ist somit der Auffassung, dass lediglich für die erstmalige Entstehung des Krg-Anspruchs die ärztliche Feststellung der AU nach [§](#)

[46 Satz 1 Nr. 2 SGB V](#) erforderlich ist, während es bei durchgehender AU allein darauf ankommt, ob im gesamten Zeitraum objektiv AU bestanden hat. Aufgrund der vorliegenden AU-Bescheinigungen bestehen keine Zweifel, dass die Klägerin auch im Zeitraum ab dem 01.02.2009 bis 08.06.2010 durchgehend au war. Die Beklagte hat auch trotz ausdrücklicher Nachfrage des Senats weder das Vorliegen von AU bestritten noch sonst einem durchsetzbaren Krg-Anspruch entgegenstehende Gründe geltend gemacht, sondern vielmehr erklärt, sie werde Krg bis zur Ansprucherschöpfung gewähren, wenn rechtskräftig entschieden werde, dass für den Krg-Anspruch allein das objektive Weitebestehen von AU maßgeblich sei. Somit waren weitere Ermittlungen des Senats nicht veranlasst. Die Beklagte war daher entsprechend ihrer Erklärung zur Gewährung von Krg über den 31.01.2009 hinaus bis zur Ansprucherschöpfung zu verurteilen.

3. Von seiner Rechtsauffassung ausgehend kann der Senat dahinstehen lassen, ob hier die AU-Feststellung für den weiteren Bewilligungsabschnitt ab dem 01.02.2009 rückwirkend auf den letzten Tag des vorangegangenen Zeitraums nachgeholt werden könnte. Das BSG hält dies ausnahmsweise für möglich (vgl. zusammenfassend [BSGE 95, 219](#) Rn. 18 ff.), ohne hierfür eine dogmatische Grundlage zu nennen. Daneben scheint das BSG auch einen sozialrechtlichen Herstellungsanspruch für anwendbar zu halten, wie die Prüfung dessen Voraussetzungen zeigt (vgl. [BSGE 111, 9](#) Rn. 24; BSG, Urteil vom 04.03.2014 - [B 1 KR 17/13 R](#) Rn. 18). Es erscheint allerdings fraglich, ob hier die Nachholung der ärztlichen Feststellung der AU als Rechtsfolge eines Herstellungsanspruchs in Betracht kommt. Diese richterrechtlich entwickelte Rechtsinstitut knüpft an eine dem Versicherungsträger zuzurechnende Verletzung von Auskunfts-, Beratungs- und Betreuungspflichten an und ist auf die Herstellung derjenigen Position gerichtet, die der Versicherte bei ordnungsgemäßer Wahrnehmung der aus dem Sozialrechtsverhältnis erwachsenden Nebenpflichten innegehabt hätte, wobei die Herstellung dieses Zustandes durch eine rechtmäßige Amtshandlung des Trägers bewirkt werden können muss (vgl. etwa BSG [SozR 3-2600 § 58 Nr. 2](#); [SozR 4-3100 § 60 Nr. 1](#); [BSGE 92, 182](#)). Zwar ist im Einzelnen streitig, wie weit auf der Rechtsfolgenseite der Herstellungsanspruch reicht (vgl. Bieback, SGB 1990, 517, 521 ff.; Kreßel, NZS 1994, 395, 396 f.; Gagel, SGB 2000, 517, 518), in der Rechtsprechung des BSG ist es aber regelmäßig abgelehnt worden, die Korrektur von Lebenssachverhalten, die außerhalb des Sozialrechtsverhältnisses liegen, zuzulassen (vgl. [SozR 4100 § 103 Nr. 36](#): fehlende Verfügbarkeit; [SozR 4100 § 112 Nr. 52](#): Aufnahme einer Beschäftigung; Urteil vom 01.06.1994 - [7 RA 86/93](#): Eintragung einer ungünstigen Steuerklasse; [SozR 3-4100 § 134 Nr. 14](#) und Urteil vom 31.01.2006 - [B 11a AL 15/05 R](#): Eintritt von Arbeitslosigkeit; [BSGE 92, 241](#): fehlende Arbeitslosmeldung). Auf dem Boden dieser Rechtsprechung erscheint daher zweifelhaft, dass die unterbliebene "zeitgerechte" ärztliche Feststellung von AU im Wege eines Herstellungsanspruchs fingiert und so die Voraussetzung für die (Neu)Entstehung des Krg-Anspruchs geschaffen werden könnte (bejahend aber Keller, KrV 2013, 141, 143). Ob überhaupt der Klägerin die behauptete Auskunft, ihr stehe nach der Kündigung kein Anspruch auf Krg mehr zu und sie brauche keine AU-Bescheinigungen mehr beizubringen, von einer Mitarbeiterin der Beklagten erteilt worden ist und auf welcher rechtlichen Grundlage ggf. die Nachholung der AU-Feststellung möglich wäre, kann aber offen bleiben. Es braucht daher auch nicht entschieden werden, ob der Zeuge H zu dem Inhalt des von ihm (angeblich) mitgehörten Telefonats der Klägerin mit einer Mitarbeiterin der Beklagten gehört werden dürfte (s. dazu Gehrlein, VersR 2011, 1350, 1355).

Die Kostenentscheidung folgt aus [§ 193 SGG](#).

Der Senat hat die Revision wegen Abweichung von der Rechtsprechung des BSG und wegen grundsätzlicher Bedeutung ([§ 160 Abs. 2 Nr. 1 und 2 SGG](#)) zugelassen.

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2015-03-04