

Quo vadis, 1. Senat des BSG?

Stellungnahme zum Aufsatz von Dr. Ulrich Hambüchen

Anton Butz, 11.11.2017

Die Ausführungen über grobe Rechtsanwendungsfehler, Missachtung des Gesetzgebers und Verfassungsverstöße veranlassen zur ergänzenden Stellungnahme aus dem Blickwinkel der Versicherten. Wir fühlen uns durch die ebenfalls „tendenziöse“ sog. Krankengeld-„Recht“sprechung des 1. BSG-Senats bis Ende 2014 von der staatlichen Pflichtversicherung mit Beitragszwang aus rein formalen Gründen um unsere Ansprüche auf Krankengeld und fortbestehenden Versicherungsstatus gebracht:

Nach § 46 Satz 1 SGB V a. F. bis 22.07.2015 entstand der Anspruch auf Krankengeld „*im übrigen von dem Tag an, der auf den Tag der ärztlichen Feststellung der Arbeitsunfähigkeit folgt*“. Was damit gemeint ist, ergibt sich aus der Karenztag-Diskussion mit nur einem Karenztag (nicht: Karenztagen zu jeder Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung). Und § 47b Abs. 1 Satz 2 SGB V regelt: „*Das Krankengeld wird vom ersten Tage der Arbeitsunfähigkeit an gewährt.*“ (vgl. Revision B 3 KR 22/17 R gegen die Entscheidung des LSG Mecklenburg-Vorpommern, Neustrelitz, L 6 KR 90/15).

Der eindeutige (Singular-) Gesetzeswortlaut ist zwingend. Es entbehrt jeder rechtlichen Grundlage, dass das BSG seit einigen Jahren für ein und dieselbe ununterbrochene Arbeitsunfähigkeit von mehreren Arbeitsunfähigkeiten ausgeht, die an mehreren Tagen mehrerer überschneidender ärztlicher Feststellungen bedürfen und nach mehreren Karenztagen mehrere Ansprüche auf Krankengeld entstehen lassen. Die Konstruktion weiterer restriktiver Ausnahmen rechtfertigt die im Übrigen strikte Anwendung der illegalen BSG-Krankengeld-Falle nicht.

Mit seiner Plural-Auslegung des Singular-Wortlauts einhergehend ignoriert das BSG – zwangsläufig, denn sonst würde es die Wirksamkeit seiner Krankengeld-Falle selbst unterlaufen – die Frage der Krankengeld-Bewilligung per Verwaltungsakt mit Dauerwirkung und die davon ausgehenden rechtlichen Folgen.

Allerdings hatten die Versicherten mehr Glück als die Krankenhäuser. Seit 01.01.2015 ist für Krankengeld (wieder, ausschließlich) der 3. BSG-Senat zuständig. Dessen erstes Krankengeld-Urteil vom 11.05.2017, B 3 KR 22/15 R, und das im Revisionsverfahren B 3 KR 12/16 R auf Vorschlag des 3. BSG-Senats von der Krankenkasse abgegebene Anerkenntnis können als Kehrtwende der Rechtsprechung verstanden werden.

Auch wenn sich der 3. BSG-Senat anlässlich seiner ersten Revisions-Entscheidung darauf beschränkte, die von der strikten Anwendung der Krankengeld-Fälle bisher anerkannten Ausnahmefälle um eine weitere Ausnahme zu erweitern und lediglich Teile der bisherigen BSG-„Recht“sprechung überprüfte und ausdrücklich aufgab, stimmt zumindest das Ergebnis: weiterer Krankengeld-Anspruch. Damit erweisen sich gleich zwei der fünf letzten BSG-Krankengeld-Fällen-Entscheidungen des 1. BSG-Senats vom 16.12.2014 als rechtswidrig.

Auf den Verwaltungsakt mit Dauerwirkung und die davon ausgehenden rechtlichen Folgen kam es damit nicht (mehr) an. Deswegen genügt hier der Hinweis auf das beim 3. BSG-Senat anhängige Revisionsverfahren B 3 KR 14/17 R gegen das Urteil des Landessozialgerichts Mainz vom 20.04.2017, L 5 KR 175/16. Wegen der gegenteiligen überzeugenden Formulierungen im Urteil des Sozialgerichts Mainz vom 11.01.2016, S 3 KR 338/14, dürfte eine Entscheidung, jedenfalls zum Nachteil des Versicherten, von der Klärung der angesprochenen Rechtsfragen zum Verwaltungsakt mit Dauerwirkung abhängig sein.

Im Übrigen hat der 3. BSG-Senat – anders als zuvor der 1. BSG-Senat – § 2 Abs. 2 SGB I nicht völlig ignoriert. Mit dem Urteil vom 11.05.2017, B 3 KR 22/15 R, wurde vom 3. BSG-Senat zwar verkannt, dass der Vorschrift schon im Zusammenhang mit dem bereits dargestellten (Singular-) Wortlaut der §§ 46 und 47b SGB V Bedeutung beikommt. Dennoch ist – in RdNr. 28 unzutreffend platziert – das in § 2 Abs 2 SGB I explizit hervorgehobene Schutzbedürfnis der Versicherten in der sozialen Krankenversicherung dargestellt und mit Fundstellen belegt.

Zitat:

„Danach ist bei der Auslegung der Vorschriften des SGB sicherzustellen, dass die sozialen Rechte (hier: insbesondere dasjenige auf wirtschaftliche Sicherung bei Krankheit nach § 4 Abs 2 S 1 Nr 2 SGB I) "möglichst weitgehend" verwirklicht werden (zu Gehalt und Bedeutung des § 2 Abs 2 SGB I in der Rechtsprechung des BSG - jeweils mit umfangreichen Rspr-Nachweisen - näher zB Bürck in von Wulffen/Krasney, Festschrift 50 Jahre BSG, 2004, 139 ff; Fichte, SGB 2011, 492 ff; Dirk Heinz, ZfSH/SGB 2012, 9, 13 ff; exemplarisch aus der BSG-Rspr BSGE 81, 231, 238 = SozR 3-2500 § 5 Nr 37 S 145 (Aufgabe der Rechtsfigur vom missglückten Arbeitsversuch)). In diese Richtung geht letztlich auch die Rechtsprechung des BVerfG, wonach trotz des grundsätzlich fehlenden verfassungsrechtlichen Anspruchs auf bestimmte Leistungen der GKV gesetzliche bzw auf dem Gesetz beruhende Leistungsausschlüsse und Leistungsbegrenzungen ebenso wie die nachteilige Auslegung und Anwendung von Regelungen des Leistungsrechts der GKV durch die Fachgerichte stets daran gemessen werden müssen, ob sie im Rahmen des Art 2 Abs 1 GG gerechtfertigt sind, insbesondere dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen; das gilt insbesondere für diejenigen Personen mit mittlerem oder niedrigem Einkommen, die in der GKV pflichtversichert sind und denen die Möglichkeit einer davon abweichenden Absicherung nicht offen steht (vgl BVerfGE 115, 25, 42 ff = SozR 4-2500 § 27 Nr 5 RdNr 20 ff). In Anbetracht des Umstandes, dass das Gesetz die Versagung von Leistungsansprüchen aus dem Recht der GKV bei unstreitiger Krankheit und ansonsten gegebenen Anspruchsvoraussetzungen nur unter qualifizierten Anforderungen ermöglicht (vgl §§ 52, 52a SGB V ("Leistungsbeschränkung bei Selbstverschulden"), auch § 146 Abs 1 S 1 SGB III zur Alg-Fortzahlung im Krankheitsfall), erschiene es unverhältnismäßig, einem Versicherten, der alle sonstigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt, die wegen derselben Krankheit für die Dauer von 78 Kalenderwochen innerhalb eines Dreijahreszeitraums in Betracht kommenden Krg-Ansprüche (vgl § 48 Abs 1 SGB V) selbst bei einer nur einen Tag lang dauernden Lücke bei den AU-Feststellungen uneingeschränkt zu versagen (vgl auch Begründung der Bundesregierung zum Entwurf des GKV-VSG, BT-Drucks 18/4095 S 80 f Zu Nummer 15 Zu Buchst b: die Rechtslage sei "nicht sachgerecht" und "in der Praxis gelangen Versicherte oftmals unverschuldet und ohne genaue Kenntnis über die Rechtslage in diese Situation"; kritisch insoweit bereits zB Knispel, NZS 2014, 561, 568). Dem Versicherten darf insoweit bei der unterbliebenen ärztlichen AU-Feststellung nicht mehr entgegengehalten und abverlangt werden als in dem Fall, dass ein in die vertragsärztliche Versorgung eingebundener ärztlicher Leistungserbringer, der zur Prüfung und

Konkretisierung von Leistungsansprüchen auf Seiten der Krankenkassen mit berufen ist (zu diesem Gesichtspunkt vgl bereits BSGE 95, 219 = SozR 4-2500 § 46 Nr 1, RdNr 26), die medizinische Notwendigkeit der Ausstellung einer AU-Bescheinigung fehlerhaft unterlässt.“

Zudem dürfen nach dem Gesetzesvorbehalt des § 31 SGB I Rechte und Pflichten in den Sozialleistungsbe-
reichen des Sozialgesetzbuchs nur begründet, festgestellt, geändert oder aufgehoben werden, soweit ein
Gesetz es vorschreibt oder zulässt.

Der vom Gesetzgeber mit den Sozialgesetzbüchern (SGB) I, V und X präzierte Wille ist vom 1. BSG-Senat
jahrelang ignoriert und durch weit entfernte beliebige Konstruktionen des BSG ersetzt worden, obwohl
einzelne Instanzgerichte die Rechtslage längst verdeutlicht hatten. Den 1. BSG-Senat könnte somit der Kern
seines Vorwurfs an den 5. Senat des Bayerischen LSG mit Urteil vom 25.10.2016, B 1 KR 9/16 R, RdNr. 37,
selbst treffen.

Mit den damit deutlich werdenden Mechanismen der Sozialgerichtsbarkeits-Hierarchie dürfte sich deren
„artige Schockstarre“ der letzten Jahre erklären. Trotz einzelner abweichender Instanz-Entscheidungen, ins-
besondere der Sozialgerichte Speyer und Mainz sowie des 16. Senats des Landessozialgerichts Essen, ist die
gesamte Sozialgerichtsbarkeit unterwürfig fragwürdigen Kernsätzen des 1. BSG-Senats gefolgt. Die prä-
gende Konzentration auf „Kopier-Vorlagen“ wirkt erkennbar nach.

So produziert die Krankengeld-Falle zuverlässig weitere Opfer, indem Krankenkassen, Sozialgerichtsbarkeit
und andere Organe der Rechtspflege diese Hinweise übergehen, wonach die Krankengeld-Falle durch die
Änderung des § 46 Satz 2 SGB V seit 23.07.2015 abgeschafft sein könnte:

1. Am 21.05.2015 wurde das neue Formular Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ab 2016 freigegeben. Darin
setzt der Arzt ein Kreuz bei „Endbescheinigung“, wenn bereits beim Ausstellen der Bescheinigung fest-
steht, dass die Arbeitsunfähigkeit an dem angegebenen Tag endet.
2. Nach § 46 Satz 2 SGB V in der Fassung ab 23.07.2015 bleibt der Anspruch auf Krankengeld jeweils bis
zu dem Tag bestehen, an dem die weitere Arbeitsunfähigkeit wegen derselben Krankheit ärztlich fest-
gestellt wird, wenn diese ärztliche Feststellung spätestens am nächsten Werktag nach dem zuletzt be-
scheinigten Ende der Arbeitsunfähigkeit erfolgt; Samstage gelten insoweit nicht als Werktage.
3. Der Zusammenhang zwischen „Endbescheinigung“ und dem „bescheinigten Ende der Arbeitsunfähig-
keit“ ist offenkundig.

Daraus ergibt sich mit Blick auf den erörterten § 2 Abs. 2 SGB I, dass § 46 Satz 2 SGB V nur Anwendung
finden kann, wenn per „Endbescheinigung“ der „letzte Tag der Arbeitsunfähigkeit“ angegeben war, nicht
aber bei „voraussichtlich arbeitsunfähig bis einschließlich“-Bescheinigungen. Das bedeutet, dass der Kran-
kengeldanspruch nur nach einer Endbescheinigung verfallen kann.

Die Krankengeld-„Recht“sprechung des 1. BSG-Senats und die dementsprechende Entscheidungspraxis der
Instanzgerichte sind unerträglich. Den zu anderen rechtlichen Hintergründen verwendeten allgemeinen
Ausführungen des Herrn Hambüchen ist deswegen auch mit Blick auf das Krankengeld ausdrücklich zuzu-
stimmen. Dies gilt gleichermaßen für die Stellungnahme der Deutsche Krankenhausgesellschaft (DKG) und
der 16 Landeskrankenhausesellschaften.