BSG v. 11.05.2017 - B 3 KR 22/15 R

Krankenversicherung - Anspruch auf Krankengeld nach dem bis 22.7.2015 geltenden Recht - Notwendigkeit der ärztlichen Feststellung - Unterbleiben wegen einer nichtmedizinisch begründeten Fehlvorstellung des Vertragsarztes - Arbeitsunfähigkeitsrichtlinien - verfassungsrechtliche Auslegung von Leistungsausschlüssen in der gesetzlichen Krankenversicherung

Leitsatz

Ein Versicherter hat nach dem bis 22.7.2015 geltenden Recht Anspruch auf Krankengeld ab dem Folgetag eines rechtzeitig erfolgten persönlichen Arzt-Patienten-Kontakts, wenn er alles in seiner Macht Stehende und ihm Zumutbare zur ärztlichen Feststellung der Arbeitsunfähigkeit getan hat, die Feststellung aber wegen der nichtmedizinisch begründeten Fehlvorstellung des Vertragsarztes unterblieben ist, die Arbeitsunfähigkeit könne krankengeldunschädlich auch noch rückwirkend im Nachhinein attestiert werden (Fortentwicklung und Teilaufgabe von BSG vom 16.12.2014 - B 1 KR 37/14 R = BSGE 118, 52 = SozR 4-2500 § 192 Nr 7).

Gesetz(e):

§ 44 Abs 1 S 1 SGB 5, § 46 S 1 Nr 2 SGB 5 vom 20.12.1988, § 46 S 2 SGB 5 vom 16.07.2015, § 49 Abs 1 Nr 3a SGB 5, § 49 Abs 1 Nr 5 SGB 5, § 52 SGB 5, § 52a SGB 5, § 91 SGB 5, § 92 Abs 1 S 1 Nr 7 SGB 5, § 192 Abs 1 Nr 2 SGB 5, § 2 Abs 2 SGB 1, § 4 Abs 2 S 1 Nr 2 SGB 1, § 65 Abs 1 Nr 1 SGB 1, § 65 Abs 1 Nr 2 SGB 1, § 6 AURL, Art 2 Abs 1 GG

Instanzenzug:

SG Koblenz 8. Juli 2014 16. Oktober 2014

Tatbestand

1 Die Beteiligten streiten über die Gewährung von Krankengeld (Krg) für die Zeit vom 4.1.2013 bis 7.5.2013.

2 Das Arbeitsverhältnis der 1960 geborenen, bei der beklagten Krankenkasse wegen Beschäftigung krankenversicherten Klägerin wurde zum 31.12.2012 gekündigt. Der Allgemeinmediziner Dr. S. attestierte ihr wegen einer depressiven Episode erstmals am 23.11.2012 Arbeitsunfähigkeit (AU) für die Zeitabschnitte bis 7.12.2012, später bis 21.12.2012 sowie bis 3.1.2013. Ab 1.1.2013 bezog die Klägerin Krg. Ab 8.5.2013 erhielt sie Arbeitslosengeld nach dem SGB III.

3 Am 4.1.2013 stellte sich die Klägerin bei der Fachärztin für Psychiatrie und Psychotherapie Dr. K. vor, die ihr AU bis 25.1.2013 attestierte und auch für die Folgezeit AU-Bescheinigungen ausstellte. Mit Schreiben vom 22.1.2013 wies die Beklagte die Klägerin darauf hin, dass ihr nicht durchgängig ärztlich AU bescheinigt worden sei. Die Klägerin schilderte anschließend, bereits 2012 eine Überweisung von Dr. S. zu Frau Dr. K. erhalten zu haben; bei der Ärztin sei zunächst ein Termin für den 7.1.2013 vereinbart worden, der dann aber auf den 4.1.2013 vorgezogen worden sei. Noch am 3.1.2013 habe sie (die Klägerin) sich im Stadium der AU - schriftlich bestätigt durch Dr. S. bei diesem in dessen Sprechstunde vorgestellt. Am 4.1.2013 habe Frau Dr. K. dann eine neue AU-Bescheinigung erteilt.

4 Die Beklagte lehnte schließlich Krg-Ansprüche der Klägerin ab 4.1.2013 ab, da sie nicht durchgehend arbeitsunfähig gewesen sei. Die dazu nötige AU-Folgebescheinigung habe nämlich spätes-

© NWB Verlag. Das Dokument darf ausschließlich im vertraglich vereinbarten Rahmen und in den Grenzen des Urheberrechts genutzt werden. Die Veröffentlichung im Internet ist nicht gestattet.

tens am 3.1.2013 ausgestellt werden müssen (Bescheid vom 4.2.2013; Widerspruchsbescheid vom 3.4.2013).

5 Das SG hat auf die dagegen erhobene Klage den Sachverhalt ermittelt (ua Einholung einer schriftlichen Auskunft des Dr. S.) und die Klägerin persönlich angehört. Sie hat ua erklärt, da ihr "klargewesen" sei, dass das Ende der AU-Feststellung wichtig sei, habe sie am 3.1.2013 Dr. S. aufgesucht und ihn "auf die Krankmeldung angesprochen"; dieser habe ihr erklärt, es reiche aus, dass Dr. K. sie am nächsten Tag "weiter krankschreiben" werde. Auch von einer Arzthelferin von Frau Dr. K. habe sie am Folgetag, als ihr die AU-Bescheinigung übergeben worden sei, die Auskunft erhalten, dass dies "so okay" sei. Die Arzthelferin habe auf ihre Bitte hin diesbezüglich nochmals in der Praxis Dr. S. nachgefragt.

6 Das SG hat die Beklagte unter Aufhebung ihrer Bescheide verurteilt, der Klägerin über den 3.1.2013 hinaus bis 7.5.2013 Krg zu zahlen; die Klägerin habe nach den Umständen alles in ihrer Macht Stehende getan, um die Voraussetzungen für ein Fortbestehen der Mitgliedschaft und für ihren Krg-Anspruch aufrechtzuerhalten (Urteil vom 8.7.2014).

7 Auf die Berufung der Beklagten hat das LSG die vorinstanzliche Entscheidung aufgehoben und die Klage abgewiesen: Dem Krg-Anspruch der Klägerin stehe entgegen, dass dieser Anspruch bei AU nach § 46 S 1 Nr 2 SGB V erst von dem Tag an entstehe, der auf den Tag der ärztlichen AU-Feststellung folge. Diese Ausschlussregelung sei nach der Rechtsprechung des BSG strikt zu handhaben (Hinweis ua auf BSG Urteil vom 10.5.2012 - B 1 KR 19/11 R - BSGE 111, 9 = SozR 4-2500 § 192 Nr 5). Die Obliegenheit Versicherter, zur Aufrechterhaltung ihres Krg-Anspruchs die AU vor Ablauf jedes Krg-Bewilligungsabschnitts erneut ärztlich feststellen zu lassen, entfalle nicht deshalb, weil der behandelnde Arzt den Versicherten unzutreffend oder gar nicht rechtlich beraten habe (Hinweis auf BSG Urteil vom 4.3.2014 - B 1 KR 17/13 R - SozR 4-2500 § 192 Nr 6). Die Mitgliedschaft der Klägerin sei gemäß § 192 Abs 1 Nr 2 SGB V nur bis 3.1.2013 erhalten geblieben. Da Dr. K. erst wieder am 4.1.2013 AU attestiert habe, habe gemäß § 46 S 1 Nr 2 SGB V ein Krg-Anspruch erst am 5.1.2013 entstehen können, als die Klägerin schon nicht mehr mit Anspruch auf Krg versichert gewesen sei. Ein Fall der ausnahmsweise rückwirkend möglichen Nachholung der AU-Feststellung liege nicht vor, weil dies ua voraussetzen würde, dass die Klägerin durch eine von der Krankenkasse zu vertretende Fehlentscheidung daran gehindert gewesen wäre, ihre Ansprüche zu wahren. Soweit Dr. S. die Klägerin unzutreffend beraten habe, sei dies nicht dem Verantwortungsbereich der Beklagten zuzurechnen. Einen nachgehenden Leistungsanspruch nach § 19 Abs 2 SGB V habe die Klägerin nicht, da sie vom 4.1.2013 an gemäß § 5 Abs 1 Nr 13 SGB V versichert gewesen sei. Denn am letzten Tag ihrer Mitgliedschaft sei nicht davon auszugehen gewesen, dass sie spätestens nach Ablauf eines Monats eine anderweitige Absicherung im Krankheitsfall erlange (Urteil vom 16.10.2014).

8 Mit ihrer Revision rügt die Klägerin sinngemäß die Verletzung des § 46 S 1 Nr 2 SGB V. Dem LSG könne nicht darin gefolgt werden, dass nach den gesetzlichen Vorschriften eine tatsächlich ärztlich festgestellte AU nach außen dokumentiert werden müsse. Bei ihr (der Klägerin) habe auf dieser Grundlage zweifellos eine durchgehend ärztlich festgestellte AU bestanden. Selbst wenn man dem aber nicht folgen wolle, müsse hier angenommen werden, dass sie (die Klägerin) ausgehend von den Feststellungen des LSG alles in ihrer Macht Stehende und Zumutbare getan habe, um ihre Krg-Ansprüche durch Erlangung einer zeitgerechten AU-Bescheinigung zu wahren. Zu ihren Gunsten sprächen insoweit auch die Grundsätze über den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch, kraft derer das Verhalten der beteiligten Vertragsärzte der beklagten Krankenkasse zugerechnet werden müsse. Schließlich ergebe sich ein Krg-Anspruch aus dem Schutzzweck des Krg-Rechts. Wie schon das SG ausgeführt habe, gebiete dieser Zweck den Vorrang der Belange eines arbeitsunfähigen Versicherten, der alles Erforderliche und ihm objektiv Mögliche zur Erlangung seiner Ansprüche getan habe, vor dem Erfordernis der formalen AU-Feststellung.

© NWB Verlag. Das Dokument darf ausschließlich im vertraglich vereinbarten Rahmen und in den Grenzen des Urheberrechts genutzt werden. Die Veröffentlichung im Internet ist nicht gestattet.

9 Die Klägerin beantragt,das Urteil des Landessozialgerichts Rheinland-Pfalz vom 16. Oktober 2014 aufzuheben und die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts Koblenz vom 8. Juli 2014 zurückzuweisen,hilfsweise,das Urteil des Landessozialgerichts Rheinland-Pfalz aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an dieses Gericht zurückzuverweisen.

10 Die Beklagte beantragt,die Revision der Klägerin zurückzuweisen.

11 Sie hält das Urteil des LSG für zutreffend. Schon eine ärztliche Feststellung der AU am 3.1.2013 sei nicht zu erkennen. Allein die hier erfolgte Dokumentation einer Diagnose in den Behandlungsunterlagen des Arztes erfülle nicht die Voraussetzungen einer AU-Feststellung an diesem Tag und einer Dokumentation der AU nach außen. Das BSG habe einen Ausnahmefall bei ärztlichem Fehlverhalten im Übrigen nur bei einer objektiven medizinischen Fehlentscheidung des Vertragsarztes angenommen, nicht aber bei fehlerhafter Beratung durch den Arzt (Hinweis auf BSG Urteil vom 8.11.2005 - B 1 KR 30/04 R - BSGE 95, 219 = SozR 4-2500 § 46 Nr 1).

Gründe

12 Die zulässige Revision der Klägerin ist begründet.

13 Das der Klage stattgebende erstinstanzliche Urteil war - durch Aufhebung des Urteils des LSG und Zurückweisung der Berufung der beklagten Krankenkasse gegen das Urteil des SG - wiederherzustellen. Entgegen der Ansicht des LSG hat die Klägerin gegen die Beklagte Anspruch auf Krg über den 3.1.2013 hinaus bis zum 7.5.2013, dem Tag vor Beginn des Arbeitslosengeldbezugs der Klägerin.

14 1. Die Klägerin hatte auf der Grundlage der für den Senat bindenden Feststellungen des LSG (§ 163 SGG) unter Aufhebung des LSG-Urteils Anspruch auf Krg bis zum Beginn der Zahlungen des ihr zuerkannten Arbeitslosengeldes (vgl § 49 Abs 1 Nr 3a SGB V). Die Anspruchsvoraussetzungen (dazu im Folgenden a>) nach § 44 und § 46 S 1 Nr 2 (hier anzuwenden in der noch bis 22.7.2015 geltenden Fassung <aF>, dazu b>) iVm § 192 Abs 1 Nr 2 SGB V waren auch am 4.1.2013 und darüber hinaus durchgängig bis zum 7.5.2013 erfüllt, obwohl eine an sich bereits am 3.1.2013 erforderliche AU-Feststellung auch für den folgenden Tag nicht erfolgt war (dazu c>). Die arbeitsunfähige Klägerin hatte nämlich wegen eines - unter Fortentwicklung der bisherigen Rechtsprechung des BSG - zu bejahenden Ausnahmefalls auch am 4.1.2013 und an den Folgetagen als (weiter) pflichtversichertes Mitglied der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) Anspruch auf Krg gegen die beklagte Krankenkasse (dazu 2.).

15 a) Nach § 44 Abs 1 S 1 SGB V haben Versicherte Anspruch auf Krg, wenn - was hier allein einschlägig ist - Krankheit sie arbeitsunfähig macht. Ob und in welchem Umfang Versicherte Krg beanspruchen können, bestimmt sich nach dem Versicherungsverhältnis, das im Zeitpunkt des jeweils in Betracht kommenden Entstehungstatbestandes für das Krg vorliegt (stRspr, vgl zuletzt BSGE 118, 52 = SozR 4-2500 § 192 Nr 7, RdNr 8 mwN; BSGE 98, 33 = SozR 4-2500 § 47 Nr 6, RdNr 10; BSGE 111, 9 = SozR 4-2500 § 192 Nr 5, RdNr 9). Nach § 46 S 1 SGB V aF entsteht der Anspruch auf Krg - abweichend von dem hier nicht vorliegenden Fall der Krankenhausbehandlung oder Behandlung in einer Vorsorge- oder Rehabilitationseinrichtung (§ 23 Abs 4, § 24, § 40 Abs 2 und § 41 SGB V) "von dem Tag an, der auf den Tag der ärztlichen Feststellung der AU folgt" (§ 46 S 1 Nr 2 SGB V aF); maßgebend für den Krg-Beginn ist dabei nicht der "wirkliche" oder der "ärztlich attestierte" Beginn der AU, sondern der Folgetag nach der ärztlichen Feststellung (so ausdrücklich BSG SozR 4-2500 § 46 Nr 2 RdNr 15). Der Anspruch auf Krg ruht nach § 49 Abs 1 Nr 5 SGB V, "solange die AU der Krankenkasse nicht gemeldet wird; dies gilt nicht, wenn die Meldung innerhalb einer Woche nach Beginn der AU erfolgt".

16 b) Der Krg-Anspruch der Klägerin ist nicht unter Zugrundelegung von § 46 S 2 SGB V in der erst vom 23.7.2015 an geltenden Fassung des Gesetzes zur Stärkung der Versorgung in der GKV (Art 20

© NWB Verlag. Das Dokument darf ausschließlich im vertraglich vereinbarten Rahmen und in den Grenzen des Urheberrechts genutzt werden. Die Veröffentlichung im Internet ist nicht gestattet.

Abs 1 GKV-VSG vom 16.7.2015, BGBl I 1211) zu beurteilen. Zwar bestimmt diese Regelung, dass der Anspruch auf Krg jeweils bis zu dem Tag bestehen bleibt, an dem die weitere AU wegen derselben Krankheit ärztlich festgestellt wird, wenn diese ärztliche Feststellung spätestens am nächsten Werktag nach dem zuletzt bescheinigten Ende der AU erfolgt. Da es bei der Klägerin indessen noch um Krg-Ansprüche aus dem Jahr 2013 geht, war diese Neuregelung mangels gesetzlich angeordneter Rückwirkung hier noch nicht einschlägig.

17 c) Ausgehend von der bis 22.7.2015 geltenden Rechtslage musste der Klägerin für die Gewährung von Krg ab 4.1.2013 grundsätzlich AU bereits am 3.1.2013 für den Folgetag ärztlich bescheinigt worden sein, was tatsächlich nicht der Fall war.

18 Dem LSG ist in diesem Zusammenhang - entgegen der Ansicht der Klägerin - darin zu folgen, dass eine ärztliche "Feststellung" der AU kein bloßer rein praxisinterner Vorgang ist, der lediglich in den den Patienten betreffenden ärztlichen Behandlungsunterlagen (formlos) festgehalten werden müsste. Dies ergibt sich schon mittelbar aus § 49 Abs 1 Nr 5 SGB V und ist jedenfalls im - vorliegend betroffenen - Bereich der AU-Feststellung durch Vertragsärzte bezüglich der technischen Ausgestaltung näher geregelt (vgl dazu BSGE 111, 18 = SozR 4-2500 § 46 Nr 4, RdNr 13). Erforderlich ist dafür vielmehr ein Akt mit Außenwirkung, der über eine lediglich irgendwie geäußerte innere Überzeugungsbildung des Arztes hinausgeht und in Form eines entsprechenden Schriftstücks ("Bescheinigung") nach außen hin - vor allem gegenüber der als leistungspflichtig in Anspruch genommenen Krankenkasse - beweissicher zu dokumentieren ist. Am 3.1.2013 wurde für die Folgezeit eine AU-Bescheinigung nicht ausgestellt.

19 Bis zum 3.1.2013 bezog die Klägerin Krg, weil ihre auf dem Beschäftigungsverhältnis beruhende Pflichtmitgliedschaft mit Anspruch auf Krg über das Ende ihres Arbeitsverhältnisses zum 31.12.2012 hinaus wegen des durchgängigen Krg-Anspruchs nach § 192 Abs 1 Nr 2 SGB V erhalten geblieben war. Obwohl die AU-Feststellung des Allgemeinmediziners Dr. S. vom 21.12.2012 mit dem 3.1.2013 (Donnerstag) endete und durch die Psychiaterin und Psychotherapeutin Dr. K. erst wieder am 4.1.2013 (Freitag) eine neue formelle AU-Feststellung erfolgte, trat allerdings (ausnahmsweise) keine Unterbrechung des Krg-Anspruchs mit der Folge der Beendigung der auf dem Beschäftigungsverhältnis beruhenden Pflichtmitgliedschaft (§ 190 Abs 2, § 192 Abs 1 Nr 2 SGB V) ein.

20 Der Senat hält grundsätzlich an der - auch vom LSG zugrunde gelegten - ständigen Rechtsprechung des 1. Senats des BSG fest, wonach es dem Versicherten obliegt, zur Vermeidung einer Unterbrechung von Krg-Ansprüchen (und zum Erhalt eines durchgehenden umfassenden Krankenversicherungsschutzes Pflichtversicherter) für eine Folge-AU-Bescheinigung spätestens am letzten Tag der zuvor bescheinigten AU Sorge zu tragen (BSGE 111, 18 = SozR 4-2500 § 46 Nr 4, RdNr 20; vgl auch - darauf Bezug nehmend - Begründung der Bundesregierung zum Entwurf des GKV-VSG, BT-Drucks 18/4095 S 80 Zu Nummer 15 Zu Buchst b; zur insoweit zu bejahenden grundsätzlichen Zumutbarkeit für den Versicherten und zu Einwänden gegen diese Rspr vgl BSGE 118, 52 = SozR 4-2500 § 192 Nr 7, RdNr 22; kritisch dazu zB Knispel, NZS 2014, 561, 564 ff; Sonnhoff in jurisPK-SGB V, 3. Aufl 2016, § 44 RdNr 31 ff und § 46 RdNr 28 ff mit Nachweisen aus der instanzgerichtlichen Rspr). Sinn und Zweck all dessen ist es - wie schon in der Entstehungsgeschichte der Normen zum Ausdruck kommt -, beim Krg Missbrauch und praktische Schwierigkeiten zu vermeiden, zu denen die nachträgliche Behauptung der AU und deren rückwirkende Bescheinigung beitragen könnten. Deshalb kann zB grundsätzlich ein Versicherter, der das Ende der bescheinigten AU akzeptiert und über Monate hinweg Leistungen wegen Arbeitslosigkeit bezieht, die er bei AU nicht hätte erhalten dürfen, nicht mehr mit der nachträglichen Behauptung gehört werden, er sei in der gesamten Zeit zu Unrecht als arbeitslos statt richtigerweise als arbeitsunfähig behandelt worden (zuletzt BSGE 118, 52 = SozR 4-2500 § 192 Nr 7, RdNr 17 mwN).

21 2. Die vorgenannten Grundsätze greifen indessen gleichwohl nicht zum Nachteil der Klägerin ein. Den Entscheidungsgründen des LSG kann nicht insgesamt gefolgt werden; denn hier lag nach den

© NWB Verlag. Das Dokument darf ausschließlich im vertraglich vereinbarten Rahmen und in den Grenzen des Urheberrechts genutzt werden. Die Veröffentlichung im Internet ist nicht gestattet.

im Berufungsverfahren erkennbaren, durch entsprechende Ermittlungen des SG erhärteten und vom LSG und von den Beteiligten zugrunde gelegten, nicht in Zweifel gezogenen Umständen ein diese Grundsätze verdrängender und zu Krg-Ansprüchen führender Ausnahmefall vor.

22 a) Trotz der gebotenen grundsätzlich strikten Anwendung der oa gesetzlichen Regelungen hat die Rechtsprechung des BSG seit jeher in engen Grenzen bestimmte Ausnahmen von den Vorgaben und Grundsätzen anerkannt. So sind dem Versicherten gleichwohl Krg-Ansprüche zuerkannt worden, wenn die ärztliche Feststellung (oder die rechtzeitige Meldung der AU nach § 49 Abs 1 Nr 5 SGB V) durch Umstände verhindert oder verzögert worden ist, die dem Verantwortungsbereich der Krankenkassen und nicht dem Verantwortungsbereich des Versicherten zuzurechnen sind (zusammenfassend BSGE 95, 219 = SozR 4-2500 § 46 Nr 1, RdNr 18 ff). Derartiges hat das BSG bejaht bei Fristversäumnissen wegen Geschäfts- oder Handlungsunfähigkeit des Versicherten (BSGE 25, 76, 77 f = SozR Nr 18 zu § 182 RVO; BSGE 111, 9 = SozR 4-2500 § 192 Nr 5, RdNr 23), im Falle des verspäteten Zugangs der AU-Meldung bei der Krankenkasse aufgrund von Organisationsmängeln, die diese selbst zu vertreten hat (BSGE 52, 254, 258 ff und LS 2 = SozR 2200 § 216 Nr 5), für Fälle einer irrtümlichen Verneinung der AU des Versicherten aufgrund ärztlicher Fehlbeurteilung (BSGE 54, 62, 65 = SozR 2200 § 182 Nr 84; BSGE 95, 219 = SozR 4-2500 § 46 Nr 1, RdNr 22; BSGE 111, 9 = SozR 4-2500 § 192 Nr 5, RdNr 23; BSGE 118, 52 = SozR 4-2500 § 192 Nr 7, RdNr 24 mwN) sowie bei einem von der Krankenkasse rechtsfehlerhaft bewerteten Maßstab für die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit nach Aufgabe des letzten Arbeitsplatzes (BSGE 85, 271, 277 f = SozR 3-2500 § 49 Nr 4).

23 Als entscheidend für die Anerkennung solcher Ausnahmen hat es das BSG angesehen, dass der Versicherte die ihm vom Gesetz übertragene Obliegenheit, für eine zeitgerechte ärztliche Feststellung der geltend gemachten AU Sorge zu tragen, erfüllt, wenn er alles in seiner Macht Stehende tut, um die ärztliche Feststellung zu erhalten: Er hat dazu den Arzt aufzusuchen und ihm seine Beschwerden vorzutragen. Unterbleibt die ärztliche AU-Feststellung dann gleichwohl aus Gründen, die dem Verantwortungsbereich des Arztes zuzuordnen sind, darf sich das nicht zum Nachteil des Versicherten auswirken, wenn er seinerseits alles in seiner Macht Stehende getan hat, um seine Ansprüche zu wahren, daran aber durch eine von der Krankenkasse zu vertretende Fehlentscheidung gehindert wurde (vgl zuletzt BSGE 118, 52 = SozR 4-2500 § 192 Nr 7, RdNr 28 mwN). Hinzukommen muss anschließend, dass der Versicherte seine Rechte bei der Krankenkasse innerhalb der zeitlichen Grenzen des § 49 Abs 1 Nr 5 SGB V nach Erlangung der Kenntnis von dem Fehler geltend macht. Unter diesen engen Voraussetzungen kann die Unrichtigkeit der ärztlichen Beurteilung auch durch die nachträgliche Einschätzung eines anderen ärztlichen Gutachters nachgewiesen werden und der Versicherte ausnahmsweise auch rückwirkend Krg beanspruchen (vgl erneut BSGE 118, 52 = SozR 4-2500 § 192 Nr 7, RdNr 28 unter Hinweis auf BSGE 95, 219 = SozR 4-2500 § 46 Nr 1, RdNr 22 ff).

24 Für diesen Ausnahmefall spricht vor allem, dass die Mitwirkungsobliegenheit des Versicherten an der Feststellung der AU auf das ihm Zumutbare (vgl § 65 Abs 1 Nr 1 und 2 SGB I) beschränkt ist. Verneint der behandelnde Vertragsarzt die (medizinischen) Voraussetzungen für das Vorliegen von AU zu Unrecht, muss sich der Versicherte daher nicht so lange um (vertrags-)ärztliche Diagnostik bemühen, bis ihm (endlich) ein anderer Arzt die AU bescheinigt. Gegenteiliges würde nämlich zum einen das Vertrauen zu den in das Leistungssystem der GKV einbezogenen Ärzten untergraben und zudem einem nicht erwünschten sog "Arzt-Hopping" Vorschub leisten. Demgemäß fällt die objektive medizinische Fehlbeurteilung eines an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmenden Arztes in den Verantwortungsbereich der Krankenkasse (so BSGE 111, 9 = SozR 4-2500 § 192 Nr 5, RdNr 23 mwN; BSGE 95, 219 = SozR 4-2500 § 46 Nr 1, RdNr 18 ff).

25 b) Die unter a) beschriebenen Grundsätze über die Unschädlichkeit ärztlicher Fehlbeurteilungen für den Krg-Anspruch dürfen indessen nicht auf die Fälle der von einem Vertragsarzt aus medizini-

© NWB Verlag. Das Dokument darf ausschließlich im vertraglich vereinbarten Rahmen und in den Grenzen des Urheberrechts genutzt werden. Die Veröffentlichung im Internet ist nicht gestattet.

schen Gründen zu Unrecht verneinten AU beschränkt bleiben, vielmehr entwickelt der Senat die bisherige höchstrichterliche Rechtsprechung weiter.

26 Hat ein Versicherter - wie hier die Klägerin - entsprechend den gesetzlichen Vorgaben innerhalb des zeitlichen Rahmens einer zuvor attestierten AU einen Vertragsarzt zu dem Zweck aufgesucht, für die Weitergewährung von Krg eine ärztliche AU-Folgebescheinigung zu erlangen und hat dazu ein Arzt-Patienten-Kontakt stattgefunden, unterbleibt aber gleichwohl die begehrte Erteilung einer solchen Bescheinigung, kann es - schon unter dem Blickwinkel des allgemeinen Gleichheitssatzes - nicht entscheidend darauf ankommen, aus welchen Gründen der Vertragsarzt dem Versicherten die erbetene Bescheinigung gleichwohl zu Unrecht nicht erteilt hat. Die Anerkennung eines Ausnahmefalls im Sinne der aufgezeigten Fallgestaltungen kommt unter Anknüpfung an die bereits vorliegende Rechtsprechung des BSG (vgl erneut BSGE 118, 52 = SozR 4-2500 § 192 Nr 7, RdNr 28 mwN; BSGE 95, 219 = SozR 4-2500 § 46 Nr 1 RdNr 22 ff; BSGE 85, 271, 276 f = SozR 3-2500 § 49 Nr 4; vgl auch bereits BSGE 25, 76, 78 = SozR Nr 18 zu § 182 RVO; BSGE 54, 62, 65 = SozR 2200 § 182 Nr 84) bzw deren Fortentwicklung vielmehr auch in Betracht, wenn der Versicherte seinerseits alles in seiner Macht Stehende getan hat, um seine Ansprüche zu wahren, daran aber trotz Arzt-Patienten-Kontakts durch eine von der Krankenkasse zu vertretende Fehlentscheidung des Arztes, eine AU-Bescheinigung nicht auszustellen, gehindert worden ist - unabhängig von den Gründen für das Zustandekommen dieser Fehlentscheidung. Vor dem Hintergrund der gebotenen Vermeidung von Missbrauch gilt dies jedenfalls ausnahmsweise dann, wenn - wie bei der Klägerin - das Vorliegen von AU nach der Art und Schwere der im Raum stehenden Erkrankung und den weiteren erkennbaren Umständen keinem ernsthaften Zweifel unterliegen kann (im Falle der Klägerin: AU wegen einer seit November 2012 durchgehend bestehenden und im Januar 2013 fortdauernden depressiven Episode) und auch sonstige Gründe für einen Leistungsausschluss nicht vorliegen.

27 Im Falle der Klägerin verhielt es sich in Bezug auf die Obliegenheit, alles in ihrer Macht Stehende zu tun, um ihre Ansprüche zu wahren, nach den vom LSG in Bezug genommenen und von den Beteiligten im Berufungs- und Revisionsverfahren nicht beanstandeten Feststellungen des SG wie folgt: Die Klägerin ging danach selbst davon aus, dass es wichtig war, schon vor dem Ende der bescheinigten AU-Feststellung eine ärztliche Folgebescheinigung zu erlangen; sie suchte deshalb bereits am 3.1.2013 Dr. S. auf, dem sie eröffnete, dass sie einen (extra vorverlegten) Behandlungstermin bei Frau Dr. K. am 4.1.2013 habe; sie sprach Dr. S. explizit darauf an, wie "das dann mit der Krankmeldung" aussehe, der ihr antwortete, dass Dr. K. sie am nächsten Tag weiter krankschreiben werde und dass dies ausreiche. Als die Klägerin dann am 4.1.2013 die AU-Bescheinigung von Dr. K. erhielt, fragte sie auch dort noch einmal nach, ob dies so in Ordnung sei; sie bat um einen Anruf der Arzthelferin in der Praxis Dr. S. und erhielt den Rückruf, dass die AU-Bescheinigung "so okay" sei. Den Unterlagen von Dr. S. und seiner Auskunft vom 25.7.2013 hat das SG entnommen, dass sich die Klägerin am 3.1.2013 in seiner Sprechstunde vorstellte und aufgrund ihrer depressiven Episode arbeitsunfähig war, weil sie nach der Einschätzung des Arztes in keiner Weise in der Lage war, einer beruflichen Tätigkeit nachzugehen. Dr. S. ging von AU auch am 3.1.2013 aus, bescheinigte diese aber wegen des ohnehin am Folgetag bevorstehenden Arzttermins bei Dr. K. nicht schriftlich. Angesichts dieser Umstände darf der Klägerin ärztliches Fehlverhalten im Zusammenhang mit der rechtzeitigen AU-Feststellung nicht entgegengehalten werden.

28 c) Letzteres scheidet im Falle der Klägerin und ähnlichen Fallgestaltungen vor allem deshalb aus, weil eine davon abweichende rechtliche Bewertung nicht dem Schutzbedürfnis der Versicherten in der sozialen Krankenversicherung gerecht werden würde, wie es auch in § 2 Abs 2 SGB I explizit hervorgehoben wird. 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,

© NWB Verlag. Das Dokument darf ausschließlich im vertraglich vereinbarten Rahmen und in den Grenzen des Urheberrechts genutzt werden. Die Veröffentlichung im Internet ist nicht gestattet.

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.

29 d) Es ist auch nicht gerechtfertigt, der Klägerin das Risiko der Nichterteilung einer AU-Bescheinigung deshalb aufzuerlegen, weil es sich hier - wie die Beklagte meint - um einen Fall gehandelt habe, der einer nicht der Krankenkasse zuzurechnenden Erteilung eines fehlerhaften rechtlichen Ratschlags des Arztes vergleichbar sei. Die Beklagte beruft sich dafür unter Hinweis auf Rechtsprechung des BSG (BSGE 111, 9 = SozR 4-2500 § 192 Nr 5, RdNr 27; BSG SozR 4-2500 § 192 Nr 6 RdNr 20) zu Unrecht darauf, dass eine Krankenkasse für nicht von dieser veranlasste rechtliche Ratschläge des Arztes zu den Voraussetzungen des Krg-Anspruchs nicht einzustehen habe. Gegen die Einschlägigkeit dieses Gesichtspunkts spricht hier schon, dass sich die Klägerin selbst gar nicht in einem Irrtum über ihre eigenen Pflichten im Zusammenhang mit der Weitergewährung von Krg befand: Sie suchte den Arzt Dr. S. nämlich gerade entsprechend ihrer Obliegenheit zeitgerecht bereits am 3.1.2013 zum Zwecke der Erhaltung ihrer Krg-Ansprüche und zur weiteren AU-Feststellung auf und es fand insoweit ein Arzt-Patienten-Kontakt statt; dennoch erfolgte keine förmliche ärztliche AU-Feststellung, obwohl der aufgesuchte Arzt vom Vorliegen der medizinischen Voraussetzungen ausging und nur die Erstellung einer erneuten formellen Bescheinigung für entbehrlich hielt. Die Klägerin war sich nach den Umständen mithin durchaus der Bedeutung einer zeitgerechten AU-Feststellung bewusst und fragte intensiv und hartnäckig bei beiden beteiligten Ärzten bzgl der Modalitäten der AU-Feststellung nach. Aufgrund der Äußerung von Dr. S. und des weiteren Geschehensablaufs durfte sie dann aber nach den Gegebenheiten auch bei objektiver Betrachtung zu Recht davon überzeugt sein, alles für die Krg-Weiterzahlung Erforderliche unternommen zu haben.

30 In einer solchen Situation sind auch die von der Beklagten angestellten Erwägungen dazu, dass "von Krankenkassen nicht veranlasste, unzutreffende rechtliche Ratschläge von zur Behandlung Versicherter zugelassenen Ärzten zwar ggf Schadensersatzansprüche gegen die Ärzte, nicht aber

© NWB Verlag. Das Dokument darf ausschließlich im vertraglich vereinbarten Rahmen und in den Grenzen des Urheberrechts genutzt werden. Die Veröffentlichung im Internet ist nicht gestattet.

Krg-Ansprüche gegen Krankenkassen auslösen" können (vgl erneut BSGE 111, 9 = SozR 4-2500 § 192 Nr 5, RdNr 27) nicht angebracht. Zum einen ging es im Falle der Klägerin am 3.11.2013 gar nicht um die bloße Einholung eines rechtlichen Ratschlags oder darum, dass die Klägerin selbst als Folge eines solchen Ratschlags von einer zeitnah begehrten ärztlichen AU-Feststellung abgehalten wurde, vielmehr fand ein rechtzeitiger Arzt-Patienten-Kontakt tatsächlich statt.

31 Darüber hinaus erscheinen Hinweise auf Schadensersatzansprüche gegen einen Arzt insoweit von vornherein auch kaum erfolgversprechend. Solche Ansprüche setzen nämlich die Erbringung des Nachweises für ein Verschulden voraus, der angesichts der Regelung in § 6 der AU-Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses (hier noch anzuwenden idF vom 19.9.2006, BAnz Nr 241 vom 22.12.2006 S 7356) überaus zweifelhaft zu erbringen wäre, weil die AU-Richtlinien auch die nachträgliche AU-Feststellung durchaus ermöglichen. § 6 Abs 2 AU-Richtlinien sieht für den Fall der Bescheinigung der AU nach Ablauf der Entgeltfortzahlung vor, dass "die Bescheinigung für die Krg-Zahlung in der Regel nicht für einen mehr als sieben Tage zurückliegenden ... Zeitraum erfolgen soll". Dass ein solches dem Vertragsarzt erlaubtes rückwirkendes Attestieren der AU den Verlust langzeitiger Krg-Ansprüche bewirken kann, wird nach dem Regelungsinhalt einem Vertragsarzt kaum bewusst sein. Selbst in der fachgerichtlichen Rechtsprechung der Landessozialgerichte waren wiederholt Entscheidungen anzutreffen, die Krg-Ansprüche auch unter Heranziehung des § 46 S 1 Nr 2 aF SGB V trotz rückwirkender AU-Feststellung bejaht hatten und erst im Revisionsverfahren beim BSG zu den für die Versicherten ungünstigen Ergebnissen führten (vgl insoweit zum Gesichtspunkt einer möglicherweise das Verschulden eines Schädigers ausschließenden gleichen fehlerhaften Bejahung der Rechtmäßigkeit durch ein mit mehreren Rechtskundigen besetztes Gericht <"Kollegialgerichtsregel"> in Amtshaftungsfällen: zB BGHZ 97, 97, 107 sowie BVerwGE 124, 99, 105 f mwN).

32 e) Obwohl die Regelung in § 6 AU-Richtlinien für sich - objektiv - nicht in Anspruch nehmen kann, die höherrangigen gesetzlichen Voraussetzungen des Krg-Anspruchs zu konkretisieren oder zu modifizieren, ist ihr Inhalt nach Auffassung des erkennenden Senats jedenfalls geeignet, bei den vertragsärztlichen Adressaten zumindest die Fehlvorstellung darüber auszulösen, dass auch eine nicht sogleich zeitgerecht ausgestellte Folge-AU-Bescheinigung zu weitreichenden negativen Konsequenzen in Bezug auf die Krg-Ansprüche des Versicherten führt (aA wohl BSG <1. Senat> BSGE 111, 9 = SozR 4-2500 § 192 Nr 5, RdNr 26 die Regelung sei "ungeeignet ..., falsche Vorstellungen von den gesetzlichen Voraussetzungen des Krg-Anspruchs oder von den Obliegenheiten Versicherter zur Wahrung ihrer Rechte zu erzeugen"). Unter dem Blickwinkel, dass Vertreter der Krankenkassen an den Beschlussfassungen im Gemeinsamen Bundesausschuss mitwirken (vgl näher § 91 SGB V) und auf diese Weise auch für den Inhalt der AU-Richtlinien mitverantwortlich sind, ist es nicht hinnehmbar, in erster Linie den auf sich gestellten Versicherten und Patienten zur Erlangung von Krg-Surrogat-Ansprüchen auf ein wenig erfolgreich scheinendes und - anders als in Verfahren der Sozialgerichtsbarkeit - mit erheblichen Kostenrisiken verbundenes Regressverfahren gegen seinen behandelnden Arzt zu verweisen, zu dem typischerweise gerade ein durch die Behandlung begründetes besonderes Vertrauensverhältnis besteht. Bei ansonsten zweifelsfrei zu bejahenden Anspruchsvoraussetzungen des Krg-Anspruchs ist eine fehlerhaft unterbliebene ärztliche AU-Feststellung - gleich aus welcher Vorstellung eines Vertragsarztes heraus, insbesondere bei durch § 6 der AU-Richtlinien mit hervorgerufenen Fehlvorstellungen - vielmehr den Krankenkassen zuzurechnen und nicht den betroffenen Versicherten (vgl insoweit bereits Keller, KrV 2013, 141, 144; Knispel, NZS 2014, 561, 567).

33 Für eine solche Sichtweise spricht auch, dass es treuwidrig anmutet, wenn sich Krankenkassen als Mitverantwortliche für den Inhalt der AU-Richtlinien bei einer solchen Sachlage gegenüber einem ihnen gegenüber geltend gemachten Krg-Anspruch regelmäßig darauf berufen könnten, eine auf die AU-Richtlinien gegründete vertragsärztliche Fehleinschätzung gehe gleichwohl zu Lasten des Versicherten (vgl zu einer ähnlichen Konstellation des Verstoßes gegen Treu und Glauben durch

© NWB Verlag. Das Dokument darf ausschließlich im vertraglich vereinbarten Rahmen und in den Grenzen des Urheberrechts genutzt werden. Die Veröffentlichung im Internet ist nicht gestattet.

das Berufen eines Sozialversicherungsträgers auf eine unrichtige Rechtsbehelfsbelehrung, welche auf die Anwendung von Verwaltungsvorschriften zurückging, an deren Zustandekommen der Träger selbst mitbeteiligt war: BSG <12. Senat> BSGE 114, 69 = SozR 4-1500 § 66 Nr 4, LS und RdNr 20 ff). Schließlich haben die Krankenkassen es seit Jahren mit in der Hand, durch die AU-Richtlinien hervorgerufene Missverständnisse durch Regelungen und Formulierungen zu beseitigen, die § 46 S 1 Nr 2 SGB V aF mit in den Blick nehmen.

35 Unter diesen engen Voraussetzungen kann die ärztliche (auch nichtmedizinische) Fehlbeurteilung nicht dem Versicherten zugerechnet werden, und er kann daher ausnahmsweise rückwirkend Krg beanspruchen. Der Senat erweitert insofern die bisher schon in der Rechtsprechung des BSG anerkannten engen Ausnahmefälle, in denen die ärztliche Feststellung oder die Meldung der AU durch Umstände verhindert oder verzögert worden ist, die dem Verantwortungsbereich der Krankenkassen und nicht dem Versicherten zuzurechnen sind (vgl zusammenfassend BSGE 118, 52 = SozR 4-2500 § 192 Nr 7, RdNr 26 ff mwN), um diesen weiteren Ausnahmefall. Versicherte dürfen daher insofern nicht auf ungewisse Regressansprüche gegen den Arzt verwiesen werden. Der für das Krg geschäftsverteilungsplanmäßig seit 2015 allein zuständige erkennende Senat hält insoweit an entgegenstehender Rechtsprechung (vgl BSGE 111, 9 = SozR 4-2500 § 192 Nr 5, RdNr 27; BSG SozR 4-2500 § 192 Nr 6 RdNr 20; BSGE 118, 52 = SozR 4-2500 § 192 Nr 7, RdNr 29) nicht mehr fest.

36 g) Gegen das Vorliegen der übrigen Voraussetzungen eines Krg-Anspruchs im streitigen Zeitraum bestehen auf der Grundlage der Feststellungen des LSG keine Bedenken. Erst recht gibt es keine Anhaltspunkte für einen Leistungsmissbrauch.

37 3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.

Auf diese Entscheidung wird Bezug genommen in folgenden Gerichtsentscheidungen:
BSG 11.11.2020 - B 3 KR 33/20 B
BSG 29.10.2020 - B 3 KR 6/20 R
BSG 29.10.2020 - B 3 KR 5/20 R
LSG Hessen 24.9.2020 - L 1 KR 179/20
LSG Hessen 24.9.2020 - L 1 KR 125/20
LSG Berlin-Brandenburg 16.9.2020 - L 9 KR 319/19
LSG Berlin-Brandenburg 16.9.2020 - L 9 KR 154/19
LSG Schleswig-Holstein 31.8.2020 - L 5 KR 130/18
LSG Berlin-Brandenburg 28.8.2020 - L 1 KR 338/18
LSG Berlin-Brandenburg 27.5.2020 - L 9 KR 33/19
BSG 29.4.2020 - B 3 KR 44/19 B
BSG 26.3.2020 - B 3 KR 9/19 R
BSG 26.3.2020 - B 3 KR 10/19 R
LSG Baden-Württemberg 22.1.2020 - L 5 KR 4515/18
LSG Sachsen 15.1.2020 - L 1 KR 394/17
BSG 5.12.2019 - B 3 KR 5/19 R
LSG Sachsen 2.12.2019 - L 9 KR 213/19 B ER
LSG Sachsen 24.9.2019 - L 9 KR 601/17
LSG Berlin-Brandenburg 23.9.2019 - L 9 KR 254/18
LSG Berlin-Brandenburg 19.8.2019 - L 9 KR 64/19
LSG Berlin-Brandenburg 14.8.2019 - L 9 KR 334/18
BSG 8.8.2019 - B 3 KR 18/18 R
BSG 8.8.2019 - B 3 KR 6/18 R
LSG Hamburg 4.6.2019 - L 1 KR 26/18
LSG Berlin-Brandenburg 22.5.2019 - L 9 KR 94/18
LSG Nordrhein-Westfalen 29.1.2019 - L 1 KR 247/18

© NWB Verlag. Das Dokument darf ausschließlich im vertraglich vereinbarten Rahmen und in den Grenzen des Urheberrechts genutzt werden. Die Veröffentlichung im Internet ist nicht gestattet.

LSG Hessen 20.12.2018 - L 8 KR 65/18
LSG Nordrhein-Westfalen 8.3.2018 - L 16 KR 842/17
LSG Berlin-Brandenburg 8.3.2018 - L 1 KR 548/15
LSG Nordrhein-Westfalen 1.2.2018 - L 1 KR 764/16

Fundstelle(n):
DStR 2017 S. 16 Nr. 20
NWB XAAAG-58405

© NWB Verlag. Das Dokument darf ausschließlich im vertraglich vereinbarten Rahmen und in den Grenzen des Urheberrechts genutzt werden. Die Veröffentlichung im Internet ist nicht gestattet.