

Handbuch des Krankenversicherungsrechts

von

Prof. Dr. Helge Sodan, Dr. Jörg Adam, Dr. Maren C. Bedau, Prof. Dr. Winfried Boecken, Dr. Natalie Brall, Thomas Bristle, Philipp Franck, Prof. Dr. Ernst Hauck, Bernhard Kalis, Dr. Sebastian Kluckert, Prof. Dr. Wolfgang Kuhla, Udo von Langsdorff, Prof. Dr. Erika Lücking, Dirk Niggehoff, Dr. Kai Stefan Peick, Prof. Dr. Stephan Rixen, Dr. Nils Schaks, Prof. Dr. Rainer Schlegel, Prof. Dr. Arndt Schmehl, Frank Schramm, Dr. Marc Schüffner, Prof. Dr. Burkhard Tiemann, Dr. Markus Weidenbach, Martina Witte, Dr. Katharina Wodarz, Dr. Karin Ziermann, Dr. Markus Zimmermann

2. Auflage

[Handbuch des Krankenversicherungsrechts – Sodan / Adam / Bedau / et al.](#)

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[SGB V - Gesetzliche Krankenversicherung](#)



Verlag C.H. Beck München 2014

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 64904 2

A. Überblick über den versicherten Personenkreis

Leistungsansprüche aus der gesetzlichen Krankenversicherung bestehen für die in ihr Versicherten (vgl. § 11 SGB V). § 2 Abs. 1 SGB IV bestimmt zwar allgemein, dass die Sozialversicherung Personen umfasst, die kraft Gesetzes oder Satzung (Versicherungspflicht) oder aufgrund freiwilligen Beitritts oder freiwilliger Fortsetzung der Versicherung (Versicherungsberechtigung) versichert sind, überlässt die genaue Bestimmung des Versichertenkreises aber den jeweiligen Regelungen zu den einzelnen Versicherungszweigen (vgl. § 2 Abs. 2 und 4 SGB IV) und hat daher weitgehend nur zusammenfassenden und deklaratorischen Charakter¹. Wer Versicherter in der gesetzlichen Krankenversicherung ist bzw. sein kann, regeln die §§ 5 bis 10 SGB V. Kraft Gesetzes versichert sind die nach § 5 SGB V **Versicherungspflichtigen** (Rn. 4 ff.), wobei die §§ 6, 7 SGB V Ausnahmen von der Versicherungspflicht enthalten (**Versicherungsfreiheit**, Rn. 46 ff.) und § 8 SGB V Möglichkeiten zur **Befreiung** von der Versicherungspflicht vorsieht (Rn. 73 ff.). Freiwillig der gesetzlichen Krankenversicherung beitreten können die in § 9 SGB V genannten Personen, die insoweit nicht versicherungspflichtig, aber versicherungsberechtigt sind (**freiwillige Versicherung**, § 5). § 10 SGB V wiederum regelt die Versicherung von Familienangehörigen der Mitglieder (**Familienversicherung**, § 6). Spezielle Regelungen über Versicherungspflicht, Versicherungsfreiheit, Versicherungsberechtigung und Familienversicherung für die Krankenversicherung der Landwirte sowie die Künstlersozialversicherung finden sich zudem in den §§ 2 ff. KVLG 1989 und §§ 1 ff. KSVG.

Versicherte können auch Personen sein, die nicht Mitglied der gesetzlichen Krankenversicherung sind. **Mitglied** der gesetzlichen Krankenversicherung bzw. einer konkret gewählten Krankenkasse sind die Versicherungspflichtigen sowie die freiwillig versicherten Versicherungsberechtigten (vgl. § 173 Abs. 1, §§ 186 ff. SGB V). Nicht selbst Mitglied, wohl aber Versicherte sind insbes. die durch die Familienversicherung versicherten Angehörigen von Mitgliedern. Mitgliedschaftsverhältnis und Versichertenverhältnis sind also nicht vollständig deckungsgleich. S. näher zum Mitgliedschaftsverhältnis sowie der Unterscheidung vom Versichertenverhältnis unten § 6.

Der Kreis bzw. die **Anzahl der in der gesetzlichen Krankenversicherung versicherten Personen** ist im Laufe von deren Bestehen beständig gewachsen: 1885, kurz nach Einführung der „klassischen“, maßgeblich auf Bismarck zurückgehenden Sozial-/Krankenversicherung durch das „Gesetz, betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter“ vom 15. Juni 1883,² lag der Prozentsatz der (gesetzlich) Versicherten bei etwa neun Prozent,³ ganz vorwiegend Arbeiter. Durch Einbeziehung weiterer Personengruppen, etwa bestimmter Angestellter, verdoppelte sich der Kreis der Versicherten bereits 1910 auf etwa 20%,⁴ und im Jahre 1930 waren mit ca. 21,1 Mio. Menschen⁵ bereits knapp ein Drittel der damaligen Bevölkerung Mitglied in der gesetzlichen Krankenversicherung. Unter der nationalsozialistischen Herrschaft wurde die Versicherungspflicht weiter ausgedehnt, etwa auf (selbständige) Artisten und Hebammen sowie vor allem auf Rentner durch Schaffung der KVdR⁶. In der bundesrepublikanischen Zeit kam es zur Einbeziehung weiterer Perso-

¹ *Udsching*, in: Hauck/Noftz, SGB IV, K § 2 Rn. 1, 1c (Stand: September 2007).

² RGBl., 73 – in Kraft getreten am 1.12.1884.

³ Versichert waren – bei 1885 etwa 46,9 Mio. Einwohnern im Deutschen Reich – ca. 4,3 Mio., Quelle: Statistisches Bundesamt, Bevölkerung und Wirtschaft 1872–1972, S. 90, 219.

⁴ Von knapp 64,5 Mio. Einwohnern des Deutschen Reiches im Jahre 1910 waren etwa 13,1 Mio. krankenversichert, Quelle: Statistisches Bundesamt, Bevölkerung und Wirtschaft 1872–1972, S. 90, 219.

⁵ Quelle: Statistisches Bundesamt, Bevölkerung und Wirtschaft 1872–1972, S. 219.

⁶ Eingeführt durch Gesetz v. 24.7.1941 (RGBl. I, 443) iVm Verordnung v. 4.11.1941 (RGBl. I, 689); s. aus der bundesrepublikanischen Zeit auch das Gesetz über die Krankenversicherung der Rentner v. 12.6.1956, BGBl. I, 500.

nengruppen, etwa der großen Personengruppe der (selbständigen) Landwirte,⁷ der Studenten und Praktikanten⁸ und der selbständigen Künstler und Publizisten⁹. Hierdurch sowie infolge der schrittweisen Anhebung der Versicherungspflichtgrenze (Rn. 49) ist die Anzahl der in der gesetzlichen Krankenversicherung Versicherten insgesamt kontinuierlich gestiegen. Im Jahre 2011 waren knapp 51,6 Mio. Menschen Mitglied der gesetzlichen Krankenversicherung, weitere 18 Mio. mitversicherte Familienangehörige.¹⁰ Mit diesen 69,6 Mio. Personen sind also aktuell, unter Zugrundelegung einer deutschen Gesamtbevölkerung von ca. 80 Mio. Menschen, etwa 87% der deutschen Bevölkerung in der gesetzlichen Krankenversicherung versichert.

B. Versicherung kraft Gesetzes (Versicherungspflicht)

I. Allgemeines zur Versicherungspflicht

- 4 § 5 SGB V bestimmt – vorbehaltlich einer etwaigen Versicherungsfreiheit (§§ 6, 7 SGB V) oder Befreiung (§ 8 SGB V) – den Personenkreis der Versicherungspflichtigen. Mit der Versicherungspflicht einher geht die Versicherung der betreffenden Personen **kraft Gesetzes**,¹¹ dh aus dem Eintritt der Versicherungspflicht folgt die Entstehung eines öffentlich-rechtlichen Versicherungsverhältnisses¹² (vgl. §§ 186 ff. SGB V, näher hierzu § 7). Versicherungspflicht besteht, wenn und solange eine dem persönlichen und räumlichen Geltungsbereich (s. §§ 3 bis 6 SGB IV) unterfallende Person einen Versicherungspflichttatbestand erfüllt und keine Ausnahmen greifen. Auf einen Willensakt, sei es einen bejahenden (etwa einen Antrag) oder einen entgegenstehenden, kommt es nicht an, ebenso wenig auf eine bereits erfolgte Beitragszahlung, einen formalen Aufnahmeakt einer Krankenkasse oder die Kenntnis des Versicherungspflichtigen.¹³ Ausnahmsweise jedoch bedarf es nach § 186 Abs. 2 und 3 SGB V für den Beginn der Mitgliedschaft von unständig Beschäftigten und selbständigen Künstlern und Publizisten einer Feststellung der Versicherungspflicht durch die zuständige Kasse (s. näher § 7 Rn. 8, 10). Eine weitere Ausnahme besteht im Falle der Feststellung einer versicherungspflichtigen Beschäftigung im Rahmen eines Antragsverfahrens nach § 7a SGB IV, wenn die Voraussetzungen des § 7a Abs. 6 SGB IV vorliegen. Durch eine nach § 175 SGB V von der Krankenkasse ausgestellte Mitgliedsbescheinigung kann nicht bindend eine Versicherungspflicht festgestellt werden.¹⁴
- 5 Die Versicherungspflicht hat mehrere **Zwecke**: Zum einen dient sie dazu, die für notwendig erachtete Absicherung im Krankheitsfall denjenigen, die dessen bedürfen, auch dann zukommen zu lassen, wenn die betreffenden Personen auf diesen Schutz wegen der damit einhergehenden Beitragspflicht oder wegen individueller Sorglosigkeit lieber verzichten würden. Zugleich wird hierdurch erreicht, die Allgemeinheit vor vermeidbaren, weil durch eigene Risikovorsorge abdeckbaren Kosten zu bewahren, die ansonsten durch bedürftige Nichtversicherte im Krankheitsfälle entstehen könnten (etwa infolge der Inanspruchnahme von Sozialhilfe).¹⁵ Und schließlich wird durch den Versicherungszwang ver-

⁷ Durch das Gesetz über die Krankenversicherung der Landwirte v. 10.8.1972 (BGBl. I, 1433).

⁸ Durch Gesetz v. 24.6.1975 (BGBl. I, 1536).

⁹ Durch das Gesetz über die Krankenversicherung der selbständigen Künstler und Publizisten v. 27.7.1981 (BGBl. I, 705).

¹⁰ Quelle für die Zahlenangaben: Statistik des BMG (Gesetzliche Krankenversicherung – Mitglieder, versicherte Angehörige und Krankenstand Jahresdurchschnitt 2011, Stand: 23.4.2012).

¹¹ Sommer, in: Peters, Handbuch der Krankenversicherung, § 5 SGB V Rn. 21 (Stand: Juli 2006).

¹² Muckel/Ogorek, Sozialrecht, § 8 Rn. 18.

¹³ Peters, in: KassKomm, § 5 SGB V Rn. 206 (Stand: April 2008).

¹⁴ BSG, Urt. v. 27.6.2012 – B 12 KR 11/10 R.

¹⁵ S. etwa Schmidt-De Caluwe, Gewährleistungen öffentlich-rechtlicher Organisation sozialer Sicherheit, SDRV 51 (2004), 29 (40); vgl. auch Jaeger, Soziale Sicherheit und solidarische Gemeinschaftsbeziehungen, ZRP 1998, 55 (61).

hindert, dass sich diejenigen aus der „Solidargemeinschaft“ entfernen, die sich einen adäquaten (oder gar besseren) Versicherungsschutz auch in der privaten Krankenversicherung leisten könnten, aufgrund ihres relativ hohen Einkommens und/oder eines individuell niedrigen Krankheitsrisikos (sogenannte „gute Risiken“) aber besonders wichtig für das Funktionieren des Solidarausgleichs in der gesetzlichen Krankenversicherung sind, weil sie aufgrund der Beitragsbemessung nach der individuellen Leistungsfähigkeit relativ hohe Beiträge im Verhältnis zur individualäquivalenten Prämie zu entrichten haben.

Im **Verhältnis zur PKV** bringt die Entstehung einer Versicherungspflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung ein **Sonderkündigungsrecht** hinsichtlich des privaten Krankenversicherungsvertrages mit sich (§ 205 Abs. 2 VVG; s. hierzu näher § 43 Rn. 83, 110 ff.). Für den Fall, dass eine Versicherung nach den §§ 5, 9 oder 10 SGB V nicht zustande kommt (oder nach den §§ 5 oder 10 SGB V vor Erfüllung der Vorversicherungszeit nach § 9 SGB V endet), im Hinblick auf diesen Versicherungsschutz aber ein privater Krankenversicherungsvertrag gekündigt wurde, räumt § 5 Abs. 9 SGB V ein Recht auf Neuabschluss des privaten Versicherungsvertrages ein (**Kontrahierungszwang**).¹⁶ Näher zu dieser Regelung § 43 Rn. 127.

II. Die Versicherungspflichtigen

1. Entgeltlich Beschäftigte (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V)

Versicherungspflichtig nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V sind Arbeiter, Angestellte und zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigte, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind. Auch wenn § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V den Begriff „Beschäftigung“ nicht allgemein verwendet, liegt er der genannten Personengruppe doch zugrunde (s. auch Rn. 16) und ist somit von zentraler Bedeutung.

a) Beschäftigung. Nach § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbes. in einem Arbeitsverhältnis. Beschäftigungs- und Arbeitsverhältnis sind insoweit zwar weitgehend, jedoch nicht vollständig deckungsgleich. „Beschäftigung“ wird gemeinhin als nicht abschließend definierbarer, sondern als offen umschreibbarer Typus angesehen.¹⁷ Die Zuordnung einer Tätigkeit nach deren Gesamtbild zum rechtlichen Typus der Beschäftigung bzw. der selbständigen Tätigkeit setzt voraus, dass alle nach Lage des Einzelfalles als Indizien in Betracht kommenden Umstände festgestellt, in ihrer Tragweite zutreffend erkannt und gewichtet, in die Gesamtschau mit diesem Gewicht eingestellt und nachvollziehbar, dh den Gesetzen der Logik entsprechend und widerspruchsfrei gegeneinander abgewogen werden.¹⁸ Prägend sind die persönliche Abhängigkeit des Arbeitenden und demzufolge seine Weisungsgebundenheit hinsichtlich Zeit, Dauer und Ort der Beschäftigung gegenüber dem Arbeitgeber sowie die Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Arbeit-/Weisungsgebers¹⁹ (s. auch § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV), worin gleichwohl nur Anhaltspunkte, nicht aber abschließende Bewertungskriterien für ein Beschäftigungsverhältnis zu sehen sind.²⁰ Entgeltlichkeit ist kein zwingendes Erfordernis für eine Beschäftigung.²¹ Vornehmlich bei Diensten höherer Art können Betriebseingliederung und Weisungsgebundenheit eingeschränkt und zur „funktionsgerechten dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess“

¹⁶ S. zur Begründung BT-Dr. 14/1245, 59.

¹⁷ S. etwa Marschner, in: Kreikebohm, SGB IV, § 7 Rn. 3; zur verfassungsrechtlichen Unbedenklichkeit dieser Typuskonstruktion BVerfG(K), NJW 1996, 2644. – S. näher zur Rechtsfigur des Typus und der Kritik an ihr M. Zimmermann, Sozialversicherung und Privatversicherung im Kompetenzgefüge des Grundgesetzes, S. 94 f., 96 ff.

¹⁸ BSG, Urt. v. 25.4.2012 – B 12 KR 24/10 R.

¹⁹ BSGE 13, 196 (197, 201 f.).

²⁰ BT-Dr. 14/1855, 6 (zu Art. 1 Nr. 1 lit. a).

²¹ Merten, in: GK-SGB IV, § 7 Rn. 18 ff.; s. etwa auch § 5 Abs. 1 Nr. 10 SGB V („... zu ihrer Berufsausbildung ohne Arbeitsentgelt Beschäftigte...“); a. A. Lüdtke, in: Winkler, SGB IV, § 7 Rn. 8.

verfeinert sein.²² Als Indizien für eine abhängige Beschäftigung kommen des Weiteren eine feste Vergütung ohne Erfolgsbeteiligung, Entgeltfortzahlung im Urlaubs- oder Krankheitsfall oder Berichtspflichten gegenüber dem Weisungsgeber in Betracht.²³ Für **selbständige Tätigkeit** hingegen kann insbes. das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, der Einsatz eigener Betriebsmittel und eigenen Kapitals, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit kennzeichnend sein, ferner etwa die Anmeldung oder Registrierung bei Behörden (zB Gewerbeanmeldung), Buchführung, die Einstellung von Personal, freie Entgelt-/Preisgestaltung oder Werbung für die angebotenen Dienste.²⁴ Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbständig tätig ist, hängt unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles letztlich davon ab, welche Merkmale überwiegen, wobei maßgebend stets das Gesamtbild der jeweiligen Arbeitsleistung und die diesbezügliche Verkehrsanschauung sind.²⁵ Weichen die zugrundeliegenden Vereinbarungen zwischen Arbeitendem und Leistungsempfänger von den tatsächlichen Verhältnissen ab, sind letztere vorrangig zu betrachten.²⁶ Als Beschäftigung gilt auch der **Erwerb beruflicher Kenntnisse, Fertigkeiten oder Erfahrungen im Rahmen betrieblicher Berufsbildung** (§ 7 Abs. 2 SGB IV), gemeinhin wird hierunter die Berufsbildung iSd Berufsbildungsgesetzes verstanden, also die Berufsausbildungsvorbereitung, die Berufsausbildung, die berufliche Fortbildung und die berufliche Umschulung (s. § 1 Abs. 1 BBiG)²⁷. Sie gelten prinzipiell nur als Beschäftigung, wenn sie in einem Arbeitgeber-Arbeitnehmerverhältnis betriebsgebunden durchgeführt werden.²⁸ Nach § 12 Abs. 2 SGB IV gelten auch **Heimarbeiter** als Beschäftigte, nicht hingegen **Hausgewerbetreibende** (§ 12 Abs. 1 SGB IV).

- 9 Ein Beschäftigungsverhältnis kann gem. dem Schutzzweck der Sozialversicherung auch dann vorliegen, wenn zwar kein oder kein wirksames vertragliches Arbeitsverhältnis besteht, gleichwohl aber tatsächlich (unselbständige) Arbeit geleistet wurde.²⁹ Soweit derartige Fälle im Arbeitsrecht mittlerweile über die Rechtsfigur des sogenannten fehlerhaften oder **faktischen Arbeitsverhältnisses** als Arbeitsverhältnis anerkannt werden,³⁰ fallen allerdings Beschäftigungs- und Arbeitsverhältnis selbst hier nicht auseinander. Demgegenüber geht der Begriff der Beschäftigung insoweit über den des Arbeitsverhältnisses hinaus, als er auch Beschäftigungen in öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen – einschließlich derjenigen zur Berufsausbildung – mitumfasst.³¹ Ist ein Beschäftigter bei Aufnahme der Arbeit zu ihrer Verrichtung nicht fähig oder könnte er sie – zB wegen vorhandener Leiden – nur unter schwerwiegender Gefährdung seiner Gesundheit verrichten und gibt sie daher vor Ablauf einer ins Gewicht fallenden Zeit auf (sogeannter **missglückter Arbeitsversuch**), steht dies jedenfalls seit Inkrafttreten des SGB V (1.1.1989) der Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses nicht entgegen.³² Ein die Versicherungspflicht begründendes Beschäftigungsverhältnis kann auch **ohne tatsächliche Arbeitsleistung** zu bejahen sein, wenn ein wirksamer Arbeitsvertrag vorliegt, aufgrund dessen dem dienstbereiten Arbeitnehmer ein Entgelt geschuldet wird; die bloße Nichtinanspruchnahme eines arbeitswilligen Arbeitnehmers

²² BSGE 16, 289 (294).

²³ Marschner, in: Kreikebohm, SGB IV, § 7 Rn. 11.

²⁴ BSGE 45, 199 (200); Lüdtke, in: Winkler, SGB IV, § 7 Rn. 8.

²⁵ BSGE 45, 199 (200).

²⁶ BSGE 35, 20 (21).

²⁷ Lüdtke, in: Winkler, SGB IV, § 7 Rn. 28; vgl. Seewald, in: KassKomm, § 7 SGB IV Rn. 147 (Stand: April 2012).

²⁸ Vgl. BSG, SozR 3–2600, § 1 Nr. 7, S. 13; s. auch Baier, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, § 7 SGB IV Rn. 50f. (Stand: Juni 2012); s. indes auch § 5 Abs. 4a SGB V, dazu Rn. 17.

²⁹ Muckel/Ogorek, Sozialrecht, § 7 Rn. 22.

³⁰ S. zum faktischen/fehlerhaften Arbeitsverhältnis etwa M. Becker, in: Kittner/Zwanziger/Deinert, Arbeitsrecht, Handbuch für die Praxis, 6. Aufl., 2011, § 21 Rn. 4f.

³¹ BSGE 64, 130 (132).

³² BSGE 81, 231 (233ff.), unter Aufgabe seiner vorherigen, gegenteiligen Rechtsprechung, etwa BSGE 54, 148 (151); weitere Nachweise in BSGE 81, 231 (233).

durch den Arbeitgeber bzw. der Annahmeverzug des Arbeitgebers steht einem Beschäftigungsverhältnis daher nicht entgegen.³³ Das gleiche gilt für den Zeitraum zwischen einer unwirksamen Kündigung und der gerichtlichen Feststellung von deren Unwirksamkeit³⁴. Ein Beschäftigungsverhältnis ist trotz einer Zeit der Nichttätigkeit (etwa Urlaub, Bummeltage, Krankheit, vorübergehende Betriebsruhe) als fortlaufend anzusehen, wenn das Ende der Unterbrechung voraussehbar ist, die Beteiligten den Willen haben, das Beschäftigungsverhältnis nach Unterbrechung fortzusetzen, der Arbeitnehmer grds. dienstbereit ist und der Arbeitgeber grds. das Verfügungsrecht über den Arbeitnehmer behält.³⁵ Auch die Freistellung von der Arbeitspflicht bei Lohnzahlung schließt ein Beschäftigungsverhältnis nicht aus.³⁶ Nach der speziell für Arbeitszeitflexibilisierungen durch Wertguthaben geltenden Vorschrift des § 7 Abs. 1a SGB IV besteht eine Beschäftigung auch in Zeiten der Freistellung von der Arbeitsleistung von mehr als einem Monat, wenn während der Freistellung Arbeitsentgelt aus einem Wertguthaben nach § 7b SGB IV fällig ist und das monatlich fällige Arbeitsentgelt in der Zeit der Freistellung nicht unangemessen von dem für die vorausgegangenen zwölf Kalendermonate abweicht, in denen Arbeitsentgelt bezogen wurde. Entsprechendes gilt, wenn während einer bis zu dreimonatigen Freistellung Arbeitsentgelt aus einer Vereinbarung zur flexiblen Gestaltung der werktäglichen oder wöchentlichen Arbeitszeit oder dem Ausgleich betrieblicher Produktions- und Arbeitszyklen fällig ist (§ 7 Abs. 1a Satz 2 SGB V). Während der Teilnahme eines Arbeitnehmers an einem Streik wird das Beschäftigungsverhältnis grds. nur suspendiert³⁷ (vgl. auch Rn. 10 sowie § 7 Rn. 26).

§ 7 Abs. 3 (Satz 1) SGB IV trifft eine Sonderregelung für den Fall der **Unterbrechung der Entgeltzahlung**. Eine Beschäftigung gegen Arbeitsentgelt gilt hiernach als fortbestehend, solange das Beschäftigungsverhältnis ohne Anspruch auf Arbeitsentgelt fort dauert, jedoch nicht länger als einen Monat. Dieser Verlängerungsmonat gilt etwa im Falle der Teilnahme an einem rechtswidrigen Arbeitskampf; für die Teilnahme an einem rechtmäßigen Arbeitskampf greift die Sonderregelung des § 192 Abs. 1 Nr. 1 SGB V über den Erhalt der Mitgliedschaft.³⁸ Die Regelung in § 7 Abs. 3 Satz 1 SGB IV gilt gem. § 7 Abs. 3 Sätze 3, 4 SGB IV nicht, wenn Krankengeld, Krankentagegeld, Verletztengeld, Versorgungskrankengeld, Übergangsgeld oder Mutterschaftsgeld oder nach gesetzlichen Vorschriften Erziehungsgeld oder Elterngeld bezogen oder Elternzeit in Anspruch genommen oder Wehrdienst oder Zivildienst geleistet wird, ebenso nicht für die Inanspruchnahme von Pflegezeit iSd § 3 des Pflegezeitgesetzes. Eine Beschäftigung gilt auch als fortbestehend, wenn Arbeitsentgelt aus einem der DRV Bund übertragenen Wertguthaben bezogen wird (§ 7 Abs. 3 Satz 2 SGB IV). Eine Vermutungsregel für das Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses für den Zeitraum von drei Monaten regelt § 7 Abs. 4 SGB IV für den Fall, dass ein Ausländer ohne die nach § 284 Abs. 1 SGB III erforderliche Genehmigung oder ohne die nach § 4 Abs. 3 AufenthG erforderliche Berechtigung zur Erwerbstätigkeit beschäftigt ist.

Jedenfalls wenn man den vornehmlichen Zweck des § 138 BGB darin sieht, einer rechtlichen Verpflichtung zur Vornahme unsittlicher Handlungen zu begegnen, ist es konsequent, dass die **Sittenwidrigkeit** einer aufgenommenen Tätigkeit der Annahme einer Beschäftigung und der daraus resultierenden Versicherungs- und Beitragspflicht nicht allgemein entgegensteht, da die Vertragspartner durch die Versicherungspflicht nicht für die Zukunft an einer Verpflichtung zu unsittlichen Handlungen festgehalten werden³⁹. Prinzipiell

³³ BSGE 36, 161 (163); 37, 10 (13).

³⁴ S. BSGE 52, 152 (155f.).

³⁵ BSGE 13, 263 (264).

³⁶ Lüdtke, in: Winkler, SGB IV, § 7 Rn. 10, 11.

³⁷ BSGE (GS) 37, 10 (12ff.).

³⁸ S. hierzu auch § 7 Rn. 26.

³⁹ So BSGE 87, 53 (59ff., insbes. 62); gegen Versicherungspflicht bei sittenwidriger Tätigkeit hingegen Sommer, in: Peters, Handbuch der Krankenversicherung, § 5 SGB V Rn. 32 (Stand: November 2000).

muss Vergleichbares auch für Fälle des § 134 BGB gelten (Verstoß gegen gesetzliches Verbot). Ob in denjenigen Fällen, in welchen die arbeitsgerichtliche Judikatur wegen „besonders schwerer Mängel“ und Widerspruchs „mit den Grundauffassungen der geltenden Rechtsordnung“ selbst ein faktisches Arbeitsverhältnis (Rn. 9) verneint⁴⁰, auch ein sozialversicherungsrechtliches Beschäftigungsverhältnis auszuschneiden hat,⁴¹ wurde vom BSG offen gelassen⁴². Sachgemäß erscheint hier die Grenzziehung (erst) dort, wo eine Tätigkeit sich als „schlechthin gemeinschaftsschädlich“ erweist und daher mangels Berufseigenschaft nicht einmal mehr dem Schutz des Art. 12 GG unterliegt⁴³, so dass kaum noch von einer Arbeit bzw. Beschäftigung gesprochen werden kann.⁴⁴

- 12 Geht eine Person **mehreren Tätigkeiten** nach, ist hinsichtlich der Frage der Beschäftigung ebenso wie hinsichtlich der Versicherungspflicht im Falle von Beschäftigung(en) eine getrennte Beurteilung der Tätigkeiten vorzunehmen.⁴⁵ Vergleichbares gilt, wenn eine Person für ein und denselben Unternehmer sowohl unselbständig wie selbständig tätig ist (sogenannte **gemischte Tätigkeiten**) und eine Trennung der Tätigkeiten möglich ist, ansonsten entscheidet das Gesamtbild.⁴⁶
- 13 **Familiäre Mitarbeit** schließt ein Beschäftigungsverhältnis grds. nicht aus, jedoch ist in besonderer Weise zu prüfen, ob der Arbeitsvertrag nicht nur zum Schein geschlossen wurde (§ 117 BGB), etwa um Betriebskosten zu verursachen, oder ob – nach dem Grad der Eingliederung in den Betrieb – der Ehegatte (selbständiger) Mitunternehmer oder Mitgesellschafter des anderen Ehegatten ist.⁴⁷ Ein weniger stark ausgeprägtes Weisungsrecht zwischen Ehegatten steht der Annahme einer Beschäftigung nicht entgegen.⁴⁸ Für die Abgrenzung zur bloßen familiären Mithilfe ist ferner zu betrachten, ob ein Entgelt gezahlt wird, das einen angemessenen Gegenwert für die geleistete Arbeit darstellt und über einen freien Unterhalt, ein Taschengeld oder eine Anerkennung für Gefälligkeiten hinausgeht.⁴⁹
- 14 Die **Beweislast** hinsichtlich des Vorliegens einer Beschäftigung trägt nach allgemeinen Grundsätzen grds. derjenige, der hieraus ein Recht herleiten will.⁵⁰ Keine eigenständige sozialversicherungsrechtliche Rechtsfigur bzw. keinen eigenständigen Versicherungspflichtbestand, sondern eine beweis erleichternde Vermutungsregel normierte § 7 Abs. 4 aF⁵¹ SGB IV im Hinblick auf die sogenannte **Scheinselbständigkeit**. Seit der Aufhebung dieser Vermutungsregeln des § 7 Abs. 4 aF SGB IV⁵² gelten somit wieder die allgemeinen Beweis(last)regeln.⁵³
- 15 **b) Gegen Arbeitsentgelt.** Die Versicherungspflicht nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V erfordert eine Beschäftigung „gegen Arbeitsentgelt“. Der Begriff „**Arbeitsentgelt**“ wird in

⁴⁰ S. etwa BAG, NJW 1976, 1958 (1959) – Vorführung von Geschlechtsverkehr auf der Bühne.

⁴¹ Gegen Beschäftigungsverhältnis etwa Gerlach, in: Hauck/Noftz, SGB V, K § 5 Rn. 64a (Stand: April 2009); dafür etwa Felix, Die Wertneutralität des Sozialrechts, NZS 2002, 225 (228).

⁴² BSGE 87, 53 (62f.).

⁴³ S. hierzu etwa BVerfGE 115, 276 (300f.); BVerwGE 22, 286 (288); Sodan/Ziekou, Grundkurs Öffentliches Recht, § 40 Rn. 9.

⁴⁴ Vgl. Seewald, in: KassKomm, § 7 SGB IV Rn. 27 (Stand: April 2012). Weitergehend hingegen Felix, Die Wertneutralität des Sozialrechts, NZS 2002, 225 (226ff., 229f.), die für eine Parallele zu § 40 AO plädiert und sogar den „angestellten Einbrecher“ als Beschäftigten ansieht.

⁴⁵ Seewald, in: KassKomm, § 7 SGB IV Rn. 83 (Stand: April 2008).

⁴⁶ Seewald, in: KassKomm, § 7 SGB IV Rn. 82 (Stand: April 2008).

⁴⁷ BSGE 74, 275 (278).

⁴⁸ BSGE 34, 207 (210).

⁴⁹ BSGE 74, 275 (279).

⁵⁰ BSGE 6, 70 (72f.); s. zu eventuellen Beweiserleichterungen oder gar einer Beweislastumkehr auch Lüdke, in: Winkler, SGB IV, § 7 Rn. 14; zur Beweislast für die rechtsmissbräuchliche Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses HessLSG, NZS 2012, 177.

⁵¹ Eingefügt durch Gesetz v. 19.12.1998 (BGBl. I, 3843); reformiert durch Gesetz v. 20.12.1999 (BGBl. I 2000, 2).

⁵² Durch Gesetz v. 23.12.2002 (BGBl. I, 4621); auch die hierdurch eingeführte Vermutungsregel für Personen, die für eine selbständige Tätigkeit einen Zuschuss nach § 4211 SGB III beantragt hatten, ist mittlerweile (mit Wirkung zum 1.1.2009) aufgehoben worden, durch Gesetz v. 19.12.2007 (BGBl. I, 3024).

⁵³ S. dazu auch Rolfs, NZA 2003, 65 (66).

§ 14 Abs. 1 Satz 1 SGB IV legaldefiniert als „alle laufenden oder einmaligen Einnahmen aus einer Beschäftigung, gleichgültig, ob ein Rechtsanspruch auf die Einnahmen besteht, unter welcher Bezeichnung oder in welcher Form sie geleistet werden und ob sie unmittelbar aus der Beschäftigung oder im Zusammenhang mit ihr erzielt werden“. Trotz Unterbrechung der Entgeltzahlung kann nach § 7 Abs. 3 SGB IV eine Beschäftigung gegen Arbeitsentgelt fortbestehen (s. Rn. 10), ebenso die Mitgliedschaft Versicherungspflichtiger nach § 192 SGB V (§ 7 Rn. 26 ff.). Auf die Höhe des Entgeltes kommt es grds. nicht an,⁵⁴ jedoch kann in Einzelfällen, etwa bei familiärer Mitarbeit, zu prüfen sein, ob nicht lediglich ein Taschengeld oder eine Anerkennung für Gefälligkeiten gezahlt wird⁵⁵.

c) Arbeiter, Angestellte und zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigte. § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V erfasst „Arbeiter, Angestellte und zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigte, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind“, als Versicherungspflichtige. Trotzdem der Begriff „Beschäftigte“ nicht allgemein verwandt wird, sind hiermit grds. all diejenigen erfasst, die in einem **Beschäftigungsverhältnis** iSd § 7 SGB IV (Rn. 8 ff.) stehen.⁵⁶ Auf die Unterscheidung zwischen **Arbeitern und Angestellten**, die unter dem Oberbegriff „Arbeitnehmer“ zusammengefasst werden können, kommt es unter dem SGB V nicht an, da an die Unterscheidung keine unterschiedlichen Rechtsfolgen geknüpft sind (zB gilt eine einheitliche Jahresarbeitsentgeltgrenze, s. Rn. 49 ff.). Mit der Nennung von Arbeitern und Angestellten ist grds. keine Beschränkung auf bestimmte Erwerbstätigkeiten bezweckt.⁵⁷ Daher wird überwiegend davon ausgegangen, dass an sich (dh vorbehaltlich ihrer ansonsten überflüssigen Ausnehmung durch § 6 Abs. 1 Nr. 2 SGB V) sogar Beamte, Richter und Soldaten unter § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V fallen (würden),⁵⁸ auch wenn die Nennung „Arbeiter, Angestellte“ dies zumindest nicht unmittelbar nahelegt⁵⁹.

Auch die zu ihrer betrieblichen **Berufsausbildung** Beschäftigten sind versicherungspflichtig nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V, wenn sie gegen Entgelt beschäftigt sind; für die zu ihrer Berufsausbildung ohne Arbeitsentgelt Beschäftigten gilt § 5 Abs. 1 Nr. 10 SGB V. Zudem können entgeltliche **Praktika** unter § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V fallen,⁶¹ unentgeltliche werden wiederum von § 5 Abs. 1 Nr. 10 SGB V erfasst. § 5 Abs. 4a Satz 1 SGB V stellt Auszubildende, die im Rahmen eines Berufsausbildungsvertrages nach dem Berufsbildungsgesetz in einer **außerbetrieblichen** Einrichtung ausgebildet werden, den Beschäftigten zur Berufsausbildung iSd § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V gleich, ebenso wie § 5 Abs. 4a Satz 2 SGB V die **Teilnehmer an dualen Studiengängen**⁶² und § 5 Abs. 4a Satz 3 SGB V **Postulanten und Novizen**. Der in § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V enthaltene Begriff „Berufsausbildung“ ist enger als derjenige der nach § 7 Abs. 2 SGB IV als Beschäftigung geltenden Berufsbildung (s. oben Rn. 8 a. E.). Nimmt man diese begriffliche Beschränkung ernst, erfasst § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V nicht alle Personen, die § 7 Abs. 2 SGB IV einschließt.⁶³ Was unter beruflicher

⁵⁴ Vgl. Gerlach, in: Hauck/Noftz, SGB V, K § 5 Rn. 82 (Stand: August 2010).

⁵⁵ Vgl. BSGE 74, 275 (279); s. auch Rn. 13.

⁵⁶ Baier, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, § 5 SGB V Rn. 7 (Stand: März 2012); Kruse, in: Hänlein/Kruse/Schuler, LPK-SGB V, § 5 Rn. 4.

⁵⁷ Baier, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, § 5 SGB V Rn. 7 (Stand: März 2012).

⁵⁸ S. Baier, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, § 5 SGB V Rn. 7 (Stand: März 2012); Felix, in: jurisPK-SGB V, § 5 Rn. 18.

⁵⁹ Vgl. Peters, in: KassKomm, § 5 SGB V Rn. 13 (Stand: April 2012).

⁶⁰ Näher hierzu Sommer, in: Peters, Handbuch der Krankenversicherung, § 5 SGB V Rn. 49 (Stand: November 2000).

⁶¹ Just, in: Becker/Kingreen, SGB V, § 5 Rn. 7.

⁶² Eingefügt durch das Vierte Gesetz zur Änderung des Vierten Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze v. 22.12.2011 (BGBl. I, 3057 und BGBl. I 2012, 670) in Reaktion auf BSGE 105, 56, s. auch BT-Dr. 17/6764, 20.

⁶³ Sommer, in: Peters, Handbuch der Krankenversicherung, § 5 SGB V Rn. 48 (Stand: November 2000). Für Erfassung aller Fälle des § 7 Abs. 2 SGB IV durch § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V Baier, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, § 5 SGB V Rn. 9 (Stand: März 2012); Just, in: Becker/Kingreen, SGB V, § 5 Rn. 7.

Ausbildung im Einzelnen zu verstehen ist, richtet sich grds. nach dem Berufsbildungsgesetz.⁶⁴ Allerdings kann der Berufsausbildung in diesem Sinne die berufliche Umschulung gleichgestellt sein, wenn die Umschulung für einen anerkannten Ausbildungsberuf erfolgt und nach den Vorschriften des Berufsbildungsgesetzes durchgeführt wird.⁶⁵ Gegen die Sozialversicherungspflicht der zu ihrer Berufsausbildung betrieblich Beschäftigten und ihre Belastung mit Beiträgen bestehen auch bei einem monatlichen Entgelt im Bereich der geringfügigkeitsgrenze keine verfassungsrechtlichen Bedenken.⁶⁶

- 18 **d) Erweiterung um Bezieher von Vorruhestandsgeld.** § 5 Abs. 3 SGB V stellt Bezieher von Vorruhestandsgeld den Arbeitern und Angestellten i.S.v. § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V gleich, und zwar unter folgenden Voraussetzungen: Zum einen muss der Bezieher von Vorruhestandsgeld unmittelbar vor dessen Bezug versicherungspflichtig gewesen sein, dh eine vorhergehende versicherungspflichtige Beschäftigung muss gerade durch den Vorruhestand beendet worden sein.⁶⁷ Und zweitens muss das Vorruhestandsgeld mindestens in Höhe von 65% des Bruttoarbeitsentgelts iSd § 3 Abs. 2 VRG gezahlt werden. Da allerdings das Vorruhestandsgesetz (VRG) nach seinem § 14 für die Zeit ab 1.1.1989 nur noch anzuwenden ist, wenn die Voraussetzungen für den Anspruch erstmals vor diesem Zeitpunkt vorgelegen haben, ist die Relevanz von § 5 Abs. 3 SGB V abnehmend, da sie praktisch nur noch für die bereits begründeten Vorruhestandsfälle von Bedeutung ist. Die Versicherungspflicht gilt gem. § 5 Abs. 4 SGB V nicht für Bezieher von Vorruhestandsgeld, die im Ausland ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt haben, wenn mit dem betreffenden Staat keine über- oder zwischenstaatlichen Regelungen über Sachleistungen bei Krankheit bestehen. Soweit das Altersteilzeitgesetz funktional an die Stelle der Regelungen über den Vorruhestand getreten ist, bedarf es für **Altersteilzeitler** keiner gesonderten Vorschrift über deren Versicherungspflicht, da sich diese unmittelbar aus § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V ergibt.⁶⁸

2. Bezieher von Arbeitslosengeld (§ 5 Abs. 1 Nr. 2 und 2a SGB V)

- 19 Versicherungspflichtig nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 SGB V sind die Bezieher von **Arbeitslosengeld nach dem SGB III** (§ 117 Abs. 1 Nr. 1), und zwar in der Zeit, für die (nicht: in der) sie Arbeitslosengeld⁶⁹ beziehen. Daneben nennt die Norm als Versicherungspflichtige auch die Bezieher von **Unterhaltsgeld**, an dessen Stelle (§§ 153 ff. aF SGB III) aber nunmehr das Arbeitslosengeld bei beruflicher Weiterbildung getreten ist (§ 136 Abs. 1 Nr. 2 SGB III). Der Bezug von Kurzarbeitergeld (§§ 95 ff. SGB III) erhält die Mitgliedschaft in der gesetzlichen Krankenversicherung (§ 192 Abs. 1 Nr. 4 SGB V), begründet aber keine eigene Versicherungspflicht nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 SGB V.⁷⁰ Die Versicherungspflicht nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 SGB V hängt ab vom Bezug der betreffenden Sozialleistung, besteht also jedenfalls während des tatsächlichen Bezuges, sei es auch eines rechtswidrigen⁷¹. Ein den Krankenversicherungsschutz begründender „Bezug“ von Arbeitslosengeld liegt auch in dem Zeitraum vor, für den dieses durch besonderen Verwaltungsakt zuerkannt worden ist; mit dem Erlass eines derartigen Verwaltungsakts steht für den gesamten Bewilligungszeitraum gleichzeitig fest, dass auch die Krankenversicherung der Arbeitslosen besteht; auf die Erfüllung hierdurch anerkannter Ansprüche und im Zusammenhang mit ihr getroffener

⁶⁴ Vgl. BSG, SozR 3–2940, § 2 Nr. 3, S. 18.

⁶⁵ BSGE 58, 218 (220 f.); BSG, SozR 3–2600, § 1 Nr. 7, S. 9.

⁶⁶ BSG, SozR 4–2500, § 7 Nr. 1, Rn. 19 ff.

⁶⁷ *Baier*, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, § 5 SGB V Rn. 85 (Stand: März 2012).

⁶⁸ S. ausführlich *Gerlach*, in: Hauck/Noftz, SGB V, K § 5 Rn. 143 ff., 471 (Stand: April 2009).

⁶⁹ Streitig bei Bezug von Teilarbeitslosengeld (§ 162 SGB III): Für Versicherungspflicht nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 SGB V *Gerlach*, in: Hauck/Noftz, SGB V, K § 5 Rn. 184 (Stand: April 2009); *Just*, in: Becker/Kingreen, SGB V, § 5 Rn. 16; zweifelnd etwa *Baier*, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, § 5 SGB V Rn. 15 (Stand: März 2012).

⁷⁰ *Baier*, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, § 5 SGB V Rn. 15 (Stand: März 2012).

⁷¹ *Berchtold*, in: Kreikebohm/Spellbrink/Waltermann, KommSozR, § 5 SGB V Rn. 14.