L 9 R 2370/02

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung
9
1. Instanz
SG Stuttgart (BWB)
Aktenzeichen
S 3 R 2432/01
Datum
25.06.2002
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 9 R 2370/02
Datum
19.07.2005
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Urteil
Auf die Berufung des Klägers werden das Urteil des SG Stuttgart vom 25.06.2002 sowie der Bescheid der Beklagten vom 15.02.2001 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 17.04.2001 abgeändert. Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger zur Pflichtversicherung für Selbständige für die Zeit vom 1. Juni 1985 bis zum 30. Juni 2003 zuzulassen.

Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten sind auch im Berufungsverfahren nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob der Kläger Anspruch auf eine Rente wegen verminderter Erwerbsfähigkeit hat, insbesondere ob die hierfür erforderlichen versicherungsrechtlichen Voraussetzungen erfüllt sind.

Der 956 geborene griechische Kläger war seit dem 02.08.1971 mit Unterbrechungen versicherungspflichtig beschäftigt, zuletzt ausweislich des Versicherungsverlaufs vom 15.02.2001 vom 15.02.1984 bis 31.05.1984 bzw. 11.06.1984 und vom 03.07.1984 bis 23.11.1984 bei der Firma Robert Bosch GmbH. In der Folgezeit war er als selbstständiger Gastwirt tätig.

Mit am 07.01.1985 bei der Beklagten eingegangenem, vom Kläger am 20.12.1984 unterschriebenem Formular beantragte er die Zulassung zur freiwilligen Versicherung mit einer Beitragsentrichtung in Höhe von monatlich 84,00 DM ab dem Monat Januar 1985. Der Antrag wurde am 10.01.1985 erfasst und unter dem 15.01.1985 eine persönliche Beratung des Klägers bei der AuB-Stelle in Stuttgart verfügt. Ausweislich eines Vermerks in den Verwaltungsakten vom 20.03.1985 erschien der Kläger zu dem Beratungstermin am 20.03.1985 ohne Angabe von Gründen nicht. Er stellte aber am 22.03.1985 schriftlich einen Kontenklärungsantrag.

Mit Bescheid vom 15.05.1985 wurde der Kläger zur freiwilligen Versicherung ab dem 01.01.1985 zugelassen. Er entrichtete in der Folgezeit ab diesem Zeitpunkt freiwillige Beiträge in Höhe des jeweiligen Mindestbeitrages.

Auf ein Schreiben der Beklagten vom 29. Mai 1985, in welchem der Kläger zur Stellungnahme zu den Lücken im Versicherungsverlauf, insbesondere vom 01.01. bis 14.02., 01.06. bis 02.07. und 24.11. bis 31.12.1984 aufgefordert wurde, meldete sich der Kläger ausweislich eines Aktenvermerks vom 14.06.1985 bei der Beklagten telefonisch. Da die Akte nicht greifbar war, wurde Rückruf vereinbart (Bl 20 der Beklagtenakte, Bl 21 bis 28 fehlen, Bl 29 enthält einen Aktenvermerk vom 07.09.1987).

Am 16.01.2001 beantragte der Kläger bei der Beklagten die Gewährung einer Rente wegen verminderter Erwerbsfähigkeit. Mit Bescheid vom 15.02.2001 lehnte die Beklagte den Antrag mit der Begründung ab, die versicherungsrechtlichen Voraussetzungen seien nicht erfüllt. Im maßgeblichen Zeitraum vom 16.01.1996 bis 15.01.2001 sei kein Kalendermonat mit entsprechenden Beiträgen belegt. Auch die Zeit vom 01.01.1984 bis zum Kalendermonat vor Eintritt der Erwerbsminderung sei nicht durchgehend mit Anwartschaftserhaltungszeiten belegt. Hiergegen legte der Kläger am 26.02.2001 Widerspruch ein mit der Begründung, er sei damals nicht auf die vor dem 01.01.1985 liegende Lücke hingewiesen worden. Bei entsprechendem Hinweis hätte er noch bis März 1985 die freiwilligen Beiträge für die nicht belegten Monate des Jahres 1984 nachgezahlt.

Die Beklagte zog daraufhin Unterlagen der B.BKK bei, aus denen sich ergibt, dass der Kläger vom 15.02. bis 11.06.1984 und 03.07. bis 23.11.1984 Mitglied der Krankenkasse war.

Mit Widerspruchsbescheid vom 17.04.2001 wies die Beklagte den Widerspruch mit den Gründen des Bescheides zurück und führte ergänzend aus, eine Nachentrichtung freiwilliger Beiträge komme auch nicht aufgrund des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs in Betracht, da dieser eine Pflichtverletzung des Rentenversicherungsträgers durch eine fehlerhafte oder unterlassene Beratung voraussetze. Da zum Zeitpunkt der Antragsstellung auf freiwillige Beitragsentrichtung am 07.01.1985 die Entrichtung freiwilliger Beiträge für das Jahr 1984 bereits aus rechtlichen Gründen nicht mehr möglich gewesen sei, habe auch keine dahingehende Beratungspflicht bestanden.

Gegen den am 20.04.2001 zur Post gegebenen Widerspruchsbescheid erhob der Kläger am 16.05.2001 Klage zum Sozialgericht (SG) Stuttgart. Zur Begründung trug er vor, ihm sei im Wege des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs das Recht einzuräumen, einen freiwilligen Beitrag für den Monat Dezember 1984 zu entrichten. Die Nachentrichtung sei auch gemäß § 197 Abs. 3 Sozialgesetzbuch Sechstes Buch (SGB VI) zulässig. Im Rahmen des § 1418 Abs. 1 Reichsversicherungsordnung (RVO) sei es damals üblich gewesen, Anträge innerhalb einer Woche nach Fristende im Rahmen des Ermessens zuzulassen.

Im Termin zur mündlichen Verhandlung vom dem SG am 25.06.2002 trug der Kläger vor, er habe sein letztes Arbeitsverhältnis selbst gekündigt, weil er sich habe selbstständig machen wollen. Ab Dezember 1984 habe er eine Gaststätte betrieben. Er habe sich freiwillig versichern wollen, damit seine Familienangehörigen im Falle eines Falles abgesichert wären. Sein Steuerberater, von dem er sich damals ausschließlich habe beraten lassen, habe ihm gesagt, dass er erst ab 1985 freiwillige Beiträge bezahlen solle. Im November oder Dezember 1984 habe er keinen Termin bei der BfA gehabt. Sein Steuerberater habe den Antrag auf freiwillige Versicherung, den er noch am 20.12.1984 abgeschickt habe, ausgefüllt. Mit Urteil vom 25.06.2002 wies das SG die Klage ab mit der Begründung, die versicherungsrechtlichen Voraussetzungen für die Gewährung einer Rente wegen verminderter Erwerbsfähigkeit seien nicht erfüllt, insbesondere sei nicht jeder Kalendermonat vom 01.01.1984 bis zum Kalendermonat vor Eintritt der Erwerbsminderung mit Anwartschaftserhaltungszeiten belegt. Der Monat Dezember 1984 sei nicht mit Beitrags- oder Anwartschaftserhaltungszeiten belegt und eine Beitragszahlung auch nicht mehr zulässig. Zum Zeitpunkt der Antragstellung auf Entrichtung freiwilliger Beiträge im Januar 1985 sei die Frist des § 1418 Abs. 1 RVO bereits abgelaufen gewesen. Eine ausnahmsweise mögliche Zulassung zur Beitragsnachentrichtung nach § 27 Sozialgesetzbuch Zehntes Buch (SGB X) scheitere daran, dass seit dem Ablauf der für das Jahr 1984 maßgeblichen Frist bei der Antragstellung im Januar 2001 bereits mehr als ein Jahr vergangen sei. Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger durch höhere Gewalt daran gehindert gewesen sei, die Lücken im Versicherungsverlauf zu belegen, lägen nicht vor. Die Zulassung zur Nachentrichtung im Wege der Nachsichtgewährung komme gleichfalls nicht in Betracht, da nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) die versäumte Rechtshandlung innerhalb eines Jahres nach Fristablauf nachgeholt werden müsse und für die entsprechende Fristversäumnis gleichfalls keine höhere Gewalt ursächlich sei. Schließlich komme auch ein Beitragsentrichtung nach § 197 Abs. 3 SGB VI nicht in Betracht.

Gegen das am 08.07.2002 zugestellte Urteil hat der Kläger am 10.07.2002 Berufung eingelegt. Er trägt vor, er habe innerhalb der Jahresfrist des § 197 Abs. 3 SGB VI den Antrag auf freiwillige Versicherung gestellt. Der Beklagten habe es im Rahmen der Beratungspflicht oblegen, ihn darauf hinzuweisen, dass er durch die Zahlung freiwilliger Beiträge keine Anwartschaft auf eine Rente wegen Berufs- bzw. Erwerbsunfähigkeit erhalten könne, wenn der Monat Dezember 1984 nicht belegt werde. Durch den Hinweis auf Fehlzeiten im Schreiben der Beklagten vom Mai 1985 sei diese nicht von ihrer Beratungspflicht befreit worden, da er eindeutig auf die Folgen der Versicherungslücke hätte hingewiesen werden müssen.

Auf Anfrage des Senats hat die Beklagte mitgeteilt, eine Verwaltungspraxis dergestalt, das verspätet gestellte Anträge auf Zahlung freiwilliger Beiträge für ein Kalenderjahr bewilligt worden seien, wenn der Antrag noch innerhalb einer Woche nach Ende dieses Kalenderjahres gestellt worden sei, sei nicht bekannt. Eine Zahlung für ein vergangenes Kalenderjahr sei nur bei einer entsprechenden Bereiterklärung des Versicherten noch in dem Kalenderjahr, für das gezahlt werden sollte, möglich gewesen. Die Beitragszeit vom 03.07. bis 23.11.1984 sei erst im Jahr 1987 übermittelt worden. Weiter vorgelegt wurde ein Merkblatt der LVA Württemberg zur freiwilligen Versicherung, Stand 12/1991, das nach Angabe der Beklagten im wesentlichen inhaltsgleich mit einem nicht mehr vorliegenden Merkblatt Stand 1984/1985 ist.

Der Senat hat den Hinweis erteilt, dass die versicherungsrechtlichen Voraussetzungen nur durch die Zulassung zur Nachentrichtung von Beiträgen aufgrund einer Antragspflichtversicherung gem. § 1227 Abs. 1 Satz 1 Nr. 9 RVO erfüllt seien und dass im Hinblick auf die am 30.06 2003 aufgegebene selbständige Tätigkeit dadurch Versicherungsschutz für Erwerbsminderungsrenten lediglich bis zum 30.06.2005 begründet würde.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 25. Juni 2002 sowie den Bescheid der Beklagten vom 15. Februar 2001 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 17. April 2001 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, 1.) ihn im Wege des Herstellungsanspruchs zur Pflichtversicherung für Selbstständige ab 1. Juni 1985 bis 30.Juni 2003 zuzulassen und 2.) ihm ab 1. November 2000 Rente wegen Erwerbsunfähigkeit, hilfsweise Rente wegen Berufsunfähigkeit zu gewähren. 3.) hilfsweise eine ergänzende Stellungnahme von Prof. Dr. F. zu den Feststellungen im Pflegegutachten (Pflegestufe 1) und zu den von Prof. Dr. R. für notwendig gehaltenen betriebsunüblichen Pausen einzuholen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält einen Rentenanspruch des Klägers nicht für gegeben. In medizinischer Hinsicht hat der Kläger in der Erklärung zum Rentenantrag angegeben, er halte sich seit Januar 1999 wegen eines in der Orthopädischen Klinik M. behandelten Bandscheibenvorfalles für berufs- bzw. erwerbsunfähig. Er hat eine Bescheinigung des Arztes für Orthopädie Dr. L. vom 18.10.2002 vorgelegt, wonach er wegen chronischer Cervikobrachialgien rechts und einem chronischen lumbalen Syndrom behandelt wird. Dr. L. äußerte weiter den Verdacht auf eine reaktive und somatisierte Depression. Dr. Hiness bescheinigte unter dem 21.07.2003 einen seit September 2002 bestehenden zunehmenden Diabetes mellitus.

Der Senat hat Beweis erhoben durch Einholung eines orthopädischen Gutachtens durch Prof. Dr. H., Chefarzt der Fachkliniken Hohenurach.

Im Gutachten vom 29.07.2003 hat Prof. Dr. H. die Diagnosen eines globalen myofaszialen Schmerzsyndroms bei dringendem Verdacht auf hochgradige Schmerzverarbeitungsstörung und psychogene Überlagerung, gekoppelt mit massiven demonstrativen Tendenzen bis hin zu Aggravation und einer übersteigerten Klagsamkeit, eines mäßiggradigen subakromialen Impingements beider Schultergelenke bei Tendinitis calcificans, eines funktionellen mittleren und unteren HWS-Syndroms, einer mäßiggradigen thorakolumbalen Fehlstatik, eines rezividierenden thorakolumbalen Schmerzsyndroms ohne Hinweis für radikuläre Störungen, eine initiale bilaterale Coxarthrose mit coxalgischem Reizzustand links betont sowie eine Senk-Spreizfussbildung beidseits gestellt. Prof. Dr. H. hat weiter ausgeführt, sozialmedizinisch relevant seien lediglich die morphologisch fassbaren Störungen im Bereich der Halswirbelsäule sowie die beginnenden degenerativen Veränderungen der Hüftgelenke und die Veränderungen im subakromialen Raum beider Schultergelenke. Zur vermeiden seien deshalb ausschließlich mittelschwere sowie schwere körperliche Tätigkeiten, Tätigkeiten mit monotoner Körperhaltung, in Akkord- oder Fließbandarbeit sowie in Nachtarbeit. Unter Berücksichtigung dieser Einschränkungen könne der Kläger noch leichte und gelegentlich mittelschwere Tätigkeiten in temperierten Räumen unter Ausschluss von Kälte, Nässe und Zugluft vollschichtig verrichten. Eine Einschränkung der Wegefähigkeit bestehe nicht. Der Kläger habe zwar Gehstützen benützt, die jedoch nicht erforderlich seien. Das vom Kläger demonstrierte Beschwerdebild sei nicht glaubhaft.

Nachdem Prof. Dr. H. den Verdacht eines Schmerzmittelabusus geäußert und eine psychologische und psychiatrische Behandlungsbedürftigkeit angenommen hatte, wurde der den Kläger seit dem 21.07.2000 ambulant behandelnde Arzt für Neurologie und Psychiatrie Dr. L. schriftlich als sachverständiger Zeuge gehört. In seiner schriftlichen Zeugenaussage vom 05 ...09.2003 hat Dr. L. die Diagnose einer reaktiven depressiven Entwicklung bei chronischem Schmerzsyndrom mitgeteilt. Der Kläger werde neben stützenden Gesprächen medikamentös mit 2-3 mal 25 mg Trimipramin behandelt.

Der Senat hat daraufhin Prof. Dr. F., Leiter der Sektion Forensische Psychiatrie und Psychotherapie an der Universitätsklinik für Psychiatrie und Psychotherapie am Universitätsklinikum Tübingen, mit der Erstellung eines nervenärztlichen Gutachtens beauftragt. Im Gutachten vom 29.09.2004 hat Prof. Dr. F. in Zusammenarbeit mit Assistenzarzt S. ausgeführt, es bleibe den Gutachtern verborgen, inwieweit der Kläger tatsächlich an Schmerzen leide. Dieser verhindere aktiv durch fehlende Kooperation in der Untersuchungssituation und durch teils groteske Schmerzäußerungen ein Annähern an den tatsächlich empfundenen Schmerz. Die zu beobachtende Spontanmotorik außerhalb untersuchungsrelevanter Situationen und die demonstrierten Einschränkungen während der Untersuchung seien a) mit Sicherheit mindestens als schwere Aggravation anzusehen, nach Einschätzung der Sachverständigen sehr wahrscheinlich simuliert, b) in der Untersuchungssituation zu beobachten, sonst aber nicht vorhanden c) durch zumutbare Willensanspannung in einem Zeitrahmen von etwa einem halben bis einem Jahr mindestens teilweise überwindbar. Beim Kläger liege aus psychiatrischer Sicht eine iatrogene Opioidabhängigkeit vor. Weitere Erkrankungen auf psychiatrischem Fachgebiet habe der Kläger nicht. Gegen die Plausibilität der vom Kläger vorgetragenen Beschwerden spreche zum einen eine auffallende Diskrepanz zwischen den objektiven Untersuchungsbefunden und der Beschwerdebeschreibung durch den Kläger. Die ohne Mitarbeit des Klägers erhobenen Befunde (Cor, Pulmo, Abdomen, Neurostatus, Spontanmotorik beim Hinsetzen) entsprächen nahezu einem altersentsprechenden Normalbefund. Objektivierbare schwere Krankheitszeichen hätten nicht erhoben werden können. Zum anderen bestehe eine Inkonsistenz in den anamnestischen Angaben des Klägers sowie zwischen Spontanbewegungen und den untersuchungsrelevanten motorischen Leistungen. Der Kläger habe einerseits unerträgliche, in die Extremitäten ausstrahlende und dadurch kraftmindernde Schmerzen angegeben. Andererseits habe er während des Hinsetzens in der am kraftaufwendigsten Bückhaltung angehalten und mit den Händen die Hosenbeine hochgezogen. Bei dieser Spontanmotorik sei eine Einschränkung der Beweglichkeit der Finger nicht festzustellen gewesen, wogegen der Kläger in der Untersuchungssituation angegeben habe, aufgrund von Schmerzen sei ihm das Berühren von Zeigefinger und kleinem Finger nicht möglich. Inkonsistent seien auch die in den Fragebögen bei der Anamnese erhobenen Daten. Der Kläger habe einerseits ausgeführt, er könne wegen seiner Schmerzen nicht mehr sexuell aktiv sein und leide bei voll erhaltener Libido außerordentlich unter dieser krankheitsbedingten Einschränkung. Im FMS-Fragebogen habe er hingegen eine stark eingeschränkte Libido angegeben. Schließlich stehe der Angabe von permanenten Schmerzen auf höchster Stufe entgegen, dass der Kläger nach seinen Angaben im Rollstuhl 5 bis 6 Stunden an Familienfesten teilnehmen könne. Dies lege einen sekundären Krankheitsgewinn nahe, der sich während der Untersuchung auch durch die Interaktion zwischen dem Kläger und dem begleitenden Bruder verdeutlich habe. Zu vermeiden seien Heben und Tragen von Lasten ebenso wie Zwangshaltungen und Verweilen in einer Körperhaltung über einen längeren Zeitraum. Tätigkeiten auf Leitern und Gerüsten, Akkord- , Fließband-, Schicht- und Nachtarbeit seien ebenso auszuschließen wie Einwirkungen von Kälte, Wärme und Nässe. Unter Berücksichtigung dieser Leistungseinschränkungen könne der Kläger noch leichte bis mittelschwere Arbeiten ohne Zeitdruck und ohne größere geistige Anspannung vollschichtig verrichten. Der Kläger sei auch noch in der Lage, sich auf die Anforderungen einzustellen, die mit der Aufnahme einer neuen Tätigkeit verbunden seien. Die über den Erkrankungszeitraum erlernten Verhaltensmuster des Rückzugs, der Vermeidung, der Schmerzfixierung und des Missbrauchs von Analgetika bedingten eine Einschränkung der Umstellungsfähigkeit, der durch eine stufenweise Wiedereingliederung in die Arbeitswelt Rechnung getragen werden könne. Eine Einschränkung der Wegefähigkeit liege nicht vor.

Der Kläger hat die im Verfahren S 18 SB 5667/99 vor dem SG Stuttgart erstatteten Gutachten der Ärztin für Neurologie und Psychiatrie Dr. K. vom 06.10.2003 und des Internisten und Rheumatologen Dr. H. vom 03.02.2003 vorgelegt. Dr. K. hat auf neurologisch-psychiatrischem Fachgebiet die Diagnose einer schweren, anhaltenden somatoformen Schmerzstörung (ICD 10:F45.5) mit bereits eingetretener Chronifizierung gestellt. Dr. H. hat auf internistisch-rheumatologischem Gebiet keine und auf sonstigen Gebieten die Diagnose eines schweren Schmerzsyndroms der oberen (HWS) und unteren (LWS) Wirbelsäule gestellt.

Der Senat hat das von Dr. P. am 18.05.2004 für den MDK Baden-Württemberg erstattete Gutachten zur Feststellung der Pflegebedürftigkeit beigezogen. Darin werden die Diagnosen eines chronischen Schmerzsyndroms bei schweren degenerativen HWS-Veränderungen mit eingeschränkter Mobilität sowie eine ausgeprägte depressive Verstimmung genannt und eine Einstufung in Pflegestufe I empfohlen. Der Kläger bewohne mit seiner Ehefrau und dem Sohn eine 3-Zimmer-Wohnung im 1. Stock eines Mehrfamilienhauses.

Auf Antrag des Klägers gemäß § 109 Sozialgerichtsgesetz (SGG) ist Prof. Dr. R., Chefarzt der Abteilung für Anästhesiologie und operative Intensivmedizin am K.-O.-Krankenhaus Stuttgart, mit der Erstellung eines schmerztherapeutischen Gutachtens beauftragt worden. Im Gutachten vom 03.02.2005 hat Prof. Dr. R. ausgeführt, nach seinem Gesamteindruck und nach Aktenlage sei von einem ausgeprägten Rentenbegehren des Klägers auszugehen. Maßgeblich hierfür sei dessen Angabe, nach einem plötzlichen Stich in den Nacken nach vorheriger Beschwerdefreiheit im Jahr 1999 sei er akut an Schulter- und Nackenbeschwerden erkrankt, so dass er in der Folgezeit nicht mehr ohne Halskrawatte ausgekommen sei. Seit dem Jahr 2000 leide er zusätzlich akut unter solch intensiven lumboischialgieformen Beschwerden, dass er seit dieser Zeit selbst bei kürzesten Gehstrecken auf Unterarmstützen angewiesen sei. Für diese

Beschwerdesymptomatik habe kein morphologisches Korrelat festgestellt werden können. Eine kontinuierlich über Jahre zunehmende Schmerzsymptomatik wäre evtl. zu akzeptieren gewesen, nicht jedoch die vom Kläger geschilderten akut auftretenden und durch keinerlei Maßnahmen zu beeinflussenden Schmerzzustände. Eine Bestätigung für das aggravierende Schildern der Beschwerden sehe er auch im demonstrativen Schmerzverhalten des Klägers bei der Untersuchung. Dieser leide mit Sicherheit unter Beschwerden aufgrund der morphologischen Wirbelsäulenveränderungen, jedoch nicht im geschilderten Ausmaß. Beim Kläger bestehe sicher

- Ein globales myofasziales Schmerzsyndrom mit einer reaktiven Depression. - Mässiggradige mediolaterale Bandscheiben-Protrusionen C3-C6 mit Einengung des lateralen Rezessus C5/C6, Cervicobrachialgien. - Mässiggradiges subacromiales Impingement-Syndrom beider Schultergelenke. - Ostechondrosen L3-S1 bei kleinem Bandscheibenvorfall L5/S1 ohne Wurzelkompression, Lumboischialgie - Initiale bilaterale Coxarthrose mit links betontem coxalgischem Reizzustand. - Diabetes mellitus Typ II Einen Anhalt für eine somatoforme Schmerzstörung könne er nicht finden, er wolle sich jedoch der Aussage von Frau Dr. K. nicht ganz verschließen.

Zu vermeiden seien Tätigkeiten mit Heben und Tragen von Lasten von über 10 kg, gleichförmigen Körperhaltungen, häufigem Bücken, Treppensteigen, Tätigkeiten auf Leitern und Gerüsten, Akkord-, Fließband-, Schicht- und Nachtarbeit sowie Tätigkeiten in Kälte und Nässe. Unter rein organpathologischen Gesichtspunkten und bei der Annahme einer Depression könne dem Kläger noch eine Tätigkeit von 3 bis unter 6 Stunden arbeitstäglich zugemutet werden. Nach 2-stündiger Arbeit müsse ihm eine halbstündige Pause eingeräumt werden. Er halte es unter Würdigung der Gesamtpersönlichkeit des Klägers für eine Illusion, dass sich dieser auf die Anforderungen einer neuen Tätigkeit einstellen könne. Eine Einschränkung der Wegefähigkeit liege nicht vor.

In der ergänzenden Stellungnahme vom 06.05.2005 hat Prof. Dr. F. der Diagnose einer somatoformen Schmerzstörung widersprochen. Bei der Untersuchung es Klägers hätten sich lediglich Anhaltspunkte für eine leichte depressive Episode gefunden. Symptome einer majoren Depression, wie von Dr. K. beschrieben, hätten sich nicht gezeigt.

Zur weiteren Darstellung des Sachverhaltes wird auf den Inhalt der Beklagtenakten sowie der Gerichtsakten beider Rechtszüge, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren, ergänzend Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die form- und fristgerecht eingelegte Berufung des Klägers ist zulässig. Berufungsausschließungsgründe nach § 144 Abs. 2 Sozialgerichtsgesetz (SGG) liegen nicht vor.

Die Berufung des Klägers ist jedoch nur insoweit begründet, als die Beklagte den Kläger im Wege des Herstellungsanspruches zur Pflichtversicherung für Selbstständige für die Zeit vom 01. 06. 1985 bis 30. 06 2003 zuzulassen hat, wodurch die versicherungsrechtlichen Voraussetzungen für eine Rente wegen Erwerbsminderung bis zum 30.06.2005 begründet werden (1.) Im wesentlichen ist sie aber nicht begründet, da der Kläger keinen Anspruch auf Gewährung einer Rente wegen verminderter Erwerbsfähigkeit ab 01.11.2000 hat (2.).

Durch das Gesetz zur Reform der Renten wegen verminderter Erwerbsfähigkeit vom 20.12.2000 (BGBl. I S, 1827) wurde das Recht der Renten wegen verminderter Erwerbsfähigkeit neu geordnet. Wesentlicher Inhalt der Neuregelung ist die Abschaffung der Rente wegen Berufsunfähigkeit für nach dem 01.01.1961 geborene Versicherte und die Einführung einer zweistufigen Erwerbsminderungsrente mit einer vollen Erwerbsminderungsrente bei einem Restleistungsvermögen auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt von unter drei Stunden und halber Erwerbsminderungsrente bei einem Restleistungsvermögen auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt von drei bis unter sechs Stunden.

Nach § 300 Abs. 2 Sozialgesetzbuch Sechstes Buch - SGB VI - sind jedoch aufgehobene Vorschriften dieses Gesetzbuchs und durch dieses Gesetzbuch ersetzte Vorschriften auch nach dem Zeitpunkt ihrer Aufhebung noch auf den bis dahin bestehenden Anspruch anzuwenden, wenn der Anspruch bis zum Ablauf von drei Kalendermonaten nach der Aufhebung geltend gemacht wird.

Da der Kläger am 16.01.2001 Rentenantrag gestellt hat, sind die bis zum 31.12.2000 geltenden Vorschriften noch anzuwenden, wenn bis zum 31.12.2000 ein Anspruch bestanden hat. Rechtsgrundlage für den geltend gemachten Anspruch sind danach die §§ 43, 44, 240, 241 SGB VI in der bis zum 31.12.2000 geltenden Fassung (im Folgenden §§ 43, 44, 240, 241 SGB VI a.F.).

1. Nach §§ 43 Abs. 1 Nr. 2, 44 Abs. 1 Nr. 2 SGB VI a.F. ist Voraussetzung für die Gewährung einer Rente neben dem Vorliegen von Berufs- bzw. Erwerbsunfähigkeit, dass der Versicherte vor Eintritt der Leistungsminderung die allgemeine Wartezeit erfüllt und in den letzten fünf Jahren vor Eintritt der Leistungsminderung drei Jahre Pflichtbeitragszeiten für eine versicherte Beschäftigung oder Tätigkeit hat. Der Zeitraum von fünf Jahren vor Eintritt der Minderung der Erwerbsfähigkeit verlängert sich um die in §§ 43 Abs. 3, 44 Abs. 2, 240 Abs. 1, 241 Abs. 1 SGB VI aufgeführten Zeiten. Entsprechende Zeiten liegen beim Kläger seit Ende November1984 nicht mehr vor. Vom Erfordernis einer Pflichtbeitragszeit von drei Jahren für eine versicherte Beschäftigung oder Tätigkeit kann auch nicht gemäß §§ 43 Abs. 4, 44 Abs. 4 SGB VI abgesehen werden, da die Minderung der Erwerbsfähigkeit nicht aufgrund eines Tatbestandes eingetreten ist, durch den die allgemeine Wartezeit vorzeitig erfüllt ist (§ 53 SGB VI).

Die versicherungsrechtlichen Voraussetzungen sind auch nicht aufgrund einer durchgehenden Belegung mit Anwartschaftserhaltungszeiten erfüllt.

Nach §§ 240 Abs. 2, 241 Abs. 2 SGB VI a.F.sind Pflichtbeitragszeiten für eine versicherte Beschäftigung oder Tätigkeit vor Eintritt der Minderung der Erwerbsfähigkeit für Versicherte nicht erforderlich, die vor dem 1. Januar 1984 die allgemeine Wartezeit erfüllt haben, wenn jeder Kalendermonat vom 1. Januar 1984 bis zum Kalendermonate vor Eintritt der Erwerbsminderung mit Anwartschaftserhaltungszeiten belegt ist. Für Kalendermonat, für die eine Beitragszahlung noch zulässig ist, ist eine Belegung mit Anwartschaftserhaltungszeiten nicht erforderlich.

Der Zeitraum vom 01.01.1984 bis Januar 2001 ist nicht durchgehend mit Anwartschaftserhaltungszeiten belegt, denn der Monat Dezember 1984 ist weder mit freiwilligen Beiträgen noch mit sonstigen Anwartschaftserhaltungszeiten belegt.

Die Entrichtung eines freiwilligen Beitrags für den Monat Dezember 1984 ist auch nicht mehr möglich, wie das SG mit zutreffender Begründung ausgeführt hat. Nach § 1418 Abs. 1 RVO in der bis zum 31.12.1991 geltenden Fassung konnten freiwillige Beiträge nur bis zum Ende Jahres entrichtet werden, für das sie gelten sollten. Die Frist zur Entrichtung freiwilliger Beiträge für das Jahr 1984 war damit mit Ablauf des 31.12.1984 abgelaufen. Innerhalb der Frist hat der Kläger weder freiwillige Beiträge entrichtet noch den Antrag auf Entrichtung freiwilliger Beiträge gestellt. Das Antragsformular trägt zwar das Datum 20.12.1984. Ausweislich des Eingangsstempels der Beklagten ist es jedoch erst am 07.01.1985 und damit nach Ablauf der Frist bei der Beklagten eingegangen. Es gab auch keine dahingehende Verwaltungspraxis, dass verspätet gestellte Anträge auf Zahlung freiwilliger Beiträge bewilligt wurden, wenn der Antrag innerhalb einer Woche nach Ende des Kalenderjahres, für das die Beiträge entrichtet werden sollten, bei der Beklagten einging. Nur in den Fällen, in denen eine Bereiterklärung des Versicherten zur Zahlung freiwilliger Beiträge für das laufende Kalenderjahr vorlag, wurde die Entrichtung von Beiträgen auch im folgendem Jahr mit einer Frist von drei Monaten genehmigt.

Die Frist zur Entrichtung freiwilliger Beiträge ist auch nicht entsprechend der Frist für Pflichtbeiträge zu bemessen. Nach § 1418 Abs. 1 RVO in der seit 1980 geltenden Fassung des 20. Rentenanpassungsgesetztes - RAG - (BGBl 1977 I S. 1040) sind Pflichtbeiträge unwirksam, wenn sie nach Ablauf eines Jahres nach Schluss des Kalenderjahres, für das sie gelten sollen, entrichtet werden. Freiwillige Beiträge sind dagegen bereits unwirksam, wenn sie nach Ablauf des Kalenderjahres, für das sie gelten sollen, entrichtet werden. Nach der Rechtsprechung des BSG, welcher sich der Senat anschließt, gilt auch bei einer Entrichtung von freiwilligen Beiträgen zum Zwecke der Anwartschaftserhaltung § 1418 Abs. 1 RVO mit den darin geregelten Fristen (BSG Urteil vom 07.12.1989, SozR 2200 § 1418 Nr. 11). Insbesondere stellt die für Pflichtbeiträge gegenüber freiwilligen Beiträgen länger bemessene Frist keinen Verstoß gegen den Gleichheitssatz des Artikel 3 Abs. 1 GG dar.

Eine Zulassung der Nachentrichtung kann auch nicht auf § 1418 Abs. 2 bzw. 3 RVO gestützt werden. Nach § 1418 Abs. 2 RVO hat der Versicherungsträger über die in Abs. 1 festgesetzte Zeit hinaus die Nachentrichtung von Pflichtbeiträgen binnen zwei weiteren Jahren zuzulassen, wenn sie ohne Verschulden des Versicherten nicht rechtzeitig entrichtet worden sind. Nach § 1418 Abs. 3 RVO kann der Träger der Rentenversicherung der Arbeiter in Fällen besonderer Härte die Nachentrichtung von Pflichtbeiträgen auch nach Ablauf der in Abs. 2 bezeichneten Frist zulassen und hierfür eine Frist bestimmen, wenn der Versicherte trotz Beobachtung jeder nach den Umständen des Falles gebotenen Sorgfalt das Unterlassen der Beitragsentrichtung nicht verhindern konnte. Nach den genannten Vorschriften ist eine spätere Beitragsentrichtung nur für Pflichtbeiträge, nicht jedoch für freiwillige Beiträge möglich.

Eine Wiedereinsetzung in der vorherigen Stand wegen der Versäumung der Frist zur Nachentrichtung freiwilliger Beiträge nach § 27 Abs. 5 des SGB X war bis zum 31.12.1991 durch § 1418 RVO ausgeschlossen, der eine detaillierte Regelung über die Voraussetzung einer späteren Entrichtung von Beiträgen enthielt. Zwar bezog sich die abgestufte Regelung des § 1418 Abs. 2 und 3 RVO nur auf Pflichtbeiträge. Aus dieser Regelung folgt jedoch, dass auch eine Wiedereinsetzung für die Entrichtung freiwilliger Beiträge ausgeschlossen sein sollte (BSG Urteil vom 25.08.1993, SozR 3-5750 Art. 2 § 6 Nr. 7). Aus denselben Gründen ist auch die nunmehr in § 27 SGB X gesetzlich konkretisierte sogenannte Nachsichtgewährung ausgeschlossen (BSGE 64, 153, 157).

Ein Anspruch auf Nachentrichtung eines freiwilligen Beitrags für das Dezember 1984 kann schließlich auch nicht im Wege des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs begründet werden. Der von der Rechtsprechung entwickelte Herstellungsanspruch ist auf Vornahme einer Amtshandlung zur Herstellung des Zustandes gerichtet, der bestehen würde, wenn der Versicherungsträger die ihm aus dem Versicherungsverhältnis erwachsenen Pflichten, insbesondere zur Betreuung und Beratung, ordnungsgemäß wahrgenommen hätte (ständige Rechtsprechung, vgl. BSG SozR 1200 § 14 Nr. 9, SozR 3-557 Art. 2 § 6 Nr. 7). Danach folgt aus der in § 14 Satz 1 Sozialgesetzbuch Erstes Buch (SGB I) normierten Beratungspflicht, dass der Versicherungsträger gehalten ist, bei Vorliegen eines konkreten Anlasses auf klar zu Tage tretende Gestaltungsmöglichkeiten hinzuweisen, die sich offensichtlich als zweckmäßig aufdrängen und die von jedem verständigen Versicherten mutmaßlich genutzt werden (BSG SozR 3-1200 § 14 Nrn. 5 und 6). Diese Beratungspflicht setzt jedoch voraus, dass die Beklagte Kenntnis vom Beratungs- bzw. Handlungsbedarf hat. Erst dann können nämlich entsprechende, zu einer zweckentsprechenden Versicherungsgestaltung nützliche Hinweise erteilt werden. Vorliegend erhielt die Beklagte erst mit Eingang des Antrags auf Zulassung zur Entrichtung von freiwilligen Beiträgen Kenntnis davon, dass der Kläger beabsichtigte, freiwillige Beiträge zu entrichten. Kenntnis davon, dass der Monat Dezember 1984 nicht mit Pflichtbeiträgen oder sonstigen Anwartschaftserhaltungszeiten belegt war, erlangte sie erst nach Ablauf des Jahres 1984. Darüber hinaus war dem Antrag des Klägers lediglich zu entnehmen, dass er die Entrichtung freiwilliger Beiträge ab Januar 1985 beantragte. Eine Nichtbelegung des Monats Dezember 1984 war dem Antrag nicht zu entnehmen. Selbst wenn man unterstellt, dass eine entsprechende Beratungspflicht hinsichtlich der Entrichtung freiwilliger Beiträge mit Eingang des Antrags am 07.01.1985 entstanden wäre, wäre selbst bei unverzüglichem Tätigwerden der Beklagten und sachentsprechender Beratung des Klägers eine Entrichtung freiwilliger Beiträge für den Monat Dezember 1984 nicht mehr möglich gewesen, da die Frist hierfür bereits mit Ablauf des Jahres 1984 verstrichen war (ebenso BSG Urteil vom 16.06.1994, SozR 3-1200 § 14 Nr. 15: Bei Antrag auf freiwillige Versicherung im Februar 1985 ist die Entrichtung freiwilliger Beiträge für die Monate Oktober bis Dezember 1984 unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt mehr möglich). Insbesondere begründet allein die Abmeldung des Versicherten bei der Krankenkasse (Einzugsstelle) durch den Arbeitgeber grundsätzlich keine Beratungspflicht (BSG a.a.O.). Aus der Abmeldung ist für die Einzugsstelle nämlich nicht ersichtlich, dass es beim Versicherten zu Beitragslücken kommen wird.

Der Kläger ist jedoch im Wege des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs zur nachträglichen Antragspflichtversicherung zuzulassen. Zwar hat der Kläger die Entrichtung freiwilliger Beiträge erst ab Januar 1985 beantragt. Spätestens im Mai 1985 war der Beklagten jedoch bekannt, dass das Versicherungskonto des Klägers vom 01.06. bis 02.07.1984 und vom 24.11. bis 31.12.1984 Lücken aufwies. Dies ergibt sich aus dem an den Kläger gerichteten Schreiben vom 29.05.1985 (Bl 16 der Beklagtenakte) und widerlegt das Vorbringen der Beklagten, ihr sei die Beitragszeit vom 03.07. bis 23.11.1984 erst im Jahre 1987 übermittelt worden. Damit war auch ohne weiteres ersichtlich, dass durch die Entrichtung freiwilliger Beiträge ab Januar 1985 der Versicherungsschutz für eine Rente wegen verminderter Erwerbsfähigkeit nicht aufrechterhalten werden konnte. Ihrer Hinweis- und Beratungspflicht kam die Beklagte auch nicht dadurch nach, dass sie den Kläger - erfolglos - zu einem Beratungsgespräch am 20.03.1985 einbestellte und ihn durch das genannte Schreiben vom 29.05.1985 aufforderte, entsprechende Nachweise über die Fehlzeiten vorzulegen. Aufgrund der Beratungspflicht war es vielmehr geboten, dem Kläger den alleinmöglichen Weg zur Aufrechterhaltung des Versicherungsschutzes für Erwerbsminderungsrenten durch eine Antragspflichtversicherung nach § 1227 Abs. 1 Satz 1 Nr. 9 RVO aufzuzeigen. Nach dieser Vorschrift werden in der Rentenversicherung der Arbeiter alle Personen versichert, die nicht nach den Nrn. 1 bis 7 versicherungspflichtig sind und nicht nur vorübergehend im Geltungsbereich dieses Gesetzes eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausüben, wenn sie innerhalb von zwei Jahren nach Aufnahme der selbstständigen Erwerbstätigkeit oder dem

Ende der Versicherungspflicht die Versicherung beantragen und ihren letzten wirksamen Beitrag zur Rentenversicherung der Arbeiter geleistet haben. Auf eine entsprechende Antragstellung, die im Jahr 1985 und bis Ende des Jahres 1986 noch möglich gewesen wäre und durch die der Kläger weitere Pflichtbeitragszeiten erworben hätte, ist er nach Aktenlage nicht hingewiesen worden. Er ist deshalb so zu stellen, als ob er im Jahr 1985 entsprechend beraten und sich sachgerecht verhalten hätte. Ein sachgerechtes Verhalten hätte zweifelsfrei dazu geführt , dass er die Antragspflichtversicherung beantragt hätte, da nur so der Versicherungsschutz hinsichtlich des Risikos der Erwerbs- bzw. Berufsunfähigkeit aufrechterhalten werden konnte.

Die Eröffnung des nachträglichen Beitritts zur Antragspflichtversicherung hat zur Folge, dass der Kläger berechtigt und auch verpflichtet ist, die Pflichtbeiträge für den gesamten Zeitraum seiner -inzwischen zum 30.06.2003 aufgegebenen- selbstständigen Tätigkeit nachzuentrichten (vgl BSG Urteil vom 16.06.1994- 13 RJ 25/93 -SozR 3-1200 § 14 Nr.15).

2. Der Kläger hat aber auch unter der Bedingung, dass er die Pflichtbeiträgen für die Zeit vom 01.06.1985 bis zum 30.06.2003 nachentrichtet und dadurch die versicherungsrechtlichen Voraussetzungen für die am 16.01.2001 beantragte Erwerbsminderungsrente erfüllt werden, keinen Anspruch auf Rente wegen Erwerbs- bzw. Berufsunfähigkeit, denn der Senat konnte sich nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht davon überzeugen, dass der Kläger erwerbsunfähig bzw. berufsunfähig ist. Gemäß § 44 Abs. 2 SGB Satz 1 1. Halbsatz VI a.F. sind erwerbsunfähig Versicherte, die wegen Krankheit oder Behinderung auf nicht absehbare Zeit außerstande sind, eine Erwerbstätigkeit in gewisser Regelmäßigkeit auszuüben oder Arbeitsentgelt oder Arbeitseinkommen zu erzielen, das ein Siebtel der monatlichen Bezugsgröße (bzw. ab 1. April 1999 monatlich 630.-Deutsche Mark) übersteigt. Erwerbsunfähig ist nicht, wer eine selbstständige Tätigkeit ausübt oder eine Tätigkeit vollschichtig ausüben kann; dabei ist die jeweilige Arbeitsmarktlage nicht zu berücksichtigen (§ 44 Ans 2 Satz 2 SGB VI a.F.)

Der Kläger ist nicht erwerbsunfähig, weil er nach dem Ergebnis der medizinischen Beweisaufnahme noch im Stande ist, eine Tätigkeit vollschichtig zu verrichten. Auf die der Erwerbsunfähigkeit auch entgegenstehende Tatsache, dass der Kläger bis zum 30.06.2003 eine selbstständige Tätigkeit ausgeübt hat, kommt es daher nicht entscheidungserheblich an.

Beim Kläger besteht nach den insoweit übereinstimmenden Feststellungen von Prof Dr. H. und Prof. Dr. R. ein globales myofaszialen Schmerzsyndrom, ein mässiggradiges subakromiales Impingement beider Schultergelenke, ein funktionelles mittleres und unteres HWS-Syndrom, eine mässiggradige thorakolumbale Fehlstatik sowie eine initiale bilaterale Coxarthrose. Der kleine Bandscheibenvorfall im Bereich L5/S1 führt zu keiner Wurzelkompression. Die morphologisch erfassbaren Störungen im Bereich der Wirbelsäule, der Hüftgelenke sowie und beider Schultergelenke erklären aber nicht die vom Kläger geklagten Schmerzen. Herbei handelt es sich nach den Angaben des Klägers gegenüber Prof. Dr. R. um stärkste Schmerzen, die im Jahr 1999 akut im Bereich von Schulter und Nacken und im Jahr 2000 akut im Bereich der Lendenwirbelsäule aufgetreten und sind seither durch keinerlei Maßnahmen zu beeinflussen seien. Prof. Dr. R. hat überzeugend darauf hingewiesen, dass sich eine derartige Beschwerdeschilderung nur durch eine Aggravation erklären lasse. Darüber hinaus hat Prof. Dr. F., ein in der Begutachtung von Schmerzkrankheiten besonders erfahrener Sachverständiger, festgestellt, dass der Kläger in der Untersuchungssituation durch fehlende Kooperation und teils groteske Schmerzäußerungen eine Annäherung an den vom Kläger tatsächlich empfundenen Schmerz aktiv verhindert. Dieses Verhalten des Klägers haben sowohl Prof. Dr. F. als auch Prof. Dr. R. als schwere Aggravation angesehen, wobei sich für Prof. Dr. F. aufgrund der objektiven Untersuchungsbefunde und insbesondere der in der Untersuchungssituation beobachteten Spontanmotorik Hinweise auf eine Simulation von Schmerzzuständen ergaben. Dem hat auch Prof. Dr. R. nicht widersprochen. Eine schwere und anhaltende somatoforme Schmerzstörung, die von Dr. K. diagnostiziert wurde, und die nach den Darlegungen von Prof. Dr. R. die Diskrepanz zwischen Organpathologie und geschilderter Schmerzintensität erklären könnte, wurde von Prof. Dr. F. unter Hinweis auf das krass widersprüchliche Verhalten des Klägers in der Untersuchungssituation überzeugend verneint. Auch Prof. Dr. R. vermochte selbst keinen Anhalt für eine somatoforme Schmerzstörung zu erkennen. Die auf orthopädischem Gebiet festgestellten degenerativen Veränderungen und die daraus abzuleitenden Beschwerden schließen schwere körperliche Tätigkeiten, Tätigkeiten in monotoner Körperhaltung, Akkord-, Fließband-, Schicht- oder Nachtarbeiten sowie Tätigkeiten im Kälte, Nässe und Zugluft aus. Durch einen nach Aktenlage erwähnten Diabetes mellitus wird das Leistungsvermögen nicht zusätzlich eingeschränkt ...

Auf psychiatrischem Gebiet leidet der Kläger nach den Feststellungen von Prof. Dr. F. lediglich an einer leichten depressiven Episode sowie einer iatrogenen Opoidabhängigkeit. Durch letztere ist die Umstellungsfähigkeit des Klägers zwar eingeschränkt. Dem kann jedoch durch eine stufenweise Wiedereingliederung in die Arbeitswelt, die in den Risikobereich der Arbeitsverwaltung fällt, Rechnung getragen werden.

Diese nachweislich festgestellten Gesundheitsstörungen hindern den Kläger nicht daran, leichte körperliche Tätigkeit unter Berücksichtigung der genannten qualitativen Leistungseinschränkungen vollschichtig zu verrichten Der Senat folgt den Beurteilungen der Sachverständigen Prof. Dr. H. im orthopädischen Gutachten vom 29.07.2003 und Prof. Dr. F. im nervenärztlichen Gutachten vom 29.09.2004 sowie in der ergänzenden Stellungnahme vom 06.05.2005.

Der Leistungsbeurteilung von Prof. Dr. R. folgt der Senat nicht. Er hat ihr die organpatholischen Gesichtspunkt zugrunde gelegt, die bereits von Prof. Dr. H. festgestellt und gewürdigt wurden und nach dessen Beurteilung einer vollschichtigen Tätigkeit nicht entgegenstehen, und des weiteren eine reaktive Depression, die aber zur Überzeugung des Senats nicht gegeben ist. Der Sachverständige auf nervenärztlichem Gebiet Prof. Dr. F. hat überzeugend dargelegt, dass allenfalls Anhaltspunkte für eine leichte depressive Episode vorliegen, so dass dem Kläger eine vollschichtige Tätigkeit noch zumutbar ist. Auch ergibt sich hieraus keine Begründung für die von Prof. Dr. R. für erforderlich gehaltenen betriebsunüblichen Pausen.

Der Senat teilt auch nicht die Beurteilung der Ärztin für Neurologie und Psychiatrie Dr. K. im beigezogenen Gutachten vom 06.10.2003, wonach beim Kläger eine schwere anhaltende somatoforme Schmerzstörung mit bereits eingetretener Chronifizierung vorliegen soll. Auch Dr. K. hat festgestellt, es liege ein "eigentlich" nur geringfügiger körperlicher Befund in Form geringfügiger krankhafter Veränderungen an der Wirbelsäule vor. Soweit sie die von ihr gestellte Diagnose einer schweren somatoformen Schmerzstörung damit begründet hat, der Kläger sei vor dem Hintergrund eines hohen Anspruchdenkens an seine Leistung und an seinen beruflichen Einsatz schon vor der Erkrankung an dem Wirbelsäulenleiden an seine Grenzen gekommen und es sei schon vor der Erkrankung an den Wirbelsäulenleiden eine Art psychophysischer Erschöpfungszustand eingetreten, steht dem entgegen, dass der Berufsbiographie des Klägers, die Dr. K. im Übrigen nicht im Einzelnen erhoben hat, der von ihr unterstellte 100%ige Einsatz nicht entnommen werden kann. Wie auch Prof. Dr. R. ausgeführt hat, ist die Biographie des Klägers eher durch Arbeitslosigkeit und kurzfristige Arbeitsverhältnisse gekennzeichnet als durch

Leistungsnachweise. Auch war die Aufgabe des ersten gastronomischen Betriebes 1987 wegen des Unfalles des Sohnes zwar erklärlich, aber nicht schlüssig, da die Unfallfolge Commotio cerebri als Bagatellverletzung anzusehen war. Dr. K. hat auch die Angaben des Klägers kritiklos übernommen, bei Freunden oder Verwandten bleibe er nur kurz zu Besuch, Veranstaltungen, bei denen er länger sitzen müsse, suche er überhaupt nicht mehr auf. Demgegenüber hat er gegenüber Prof. Dr. F. angegeben, bei Familienfesten erscheine er im Rollstuhl und bleibe dann 5 bis 6 Stunden dabei. Auch gehe er regelmäßig in die Kirche. Eine Diskrepanz zwischen den Schmerzdarbietungen des Klägers in Situationen, in denen der Aufmerksamkeitsfokus auf dessen Schmerzerleben lag, und seiner Spontanmotorik, hat Dr. K. nicht gesehen. Demgegenüber hat Prof. Dr. F. diese Diskrepanz zutreffend als Anhaltspunkt für eine erhebliche Aggravation gewertet. Diese ist sinnfällig darin zum Ausdruck gekommen, dass der Kläger, der nach seinen Angaben an unerträglichen, in die Extremitäten ausstrahlende und dadurch kraftmindernde Schmerzen leidet, während des Hinsetzens in körperlich anstrengender Position plötzlich inne gehalten hat, um die Hose in die richtige Form zu bringen. Gegen die Beurteilung durch Dr. K. spricht schließlich, dass diese zwar die Medikation des Klägers vermerkt, jedoch keine Anhaltspunkte für eine iatrogene Opioidabhängigkeit gesehen hat, obwohl ihr der ärztliche Befundbericht von Dr. P. vom 14.03.2001 vorlag, in welchem die Diagnose eines opioiden Missbrauchs gestellt wird.

Gegen die Beurteilung durch Dr. P. im Pflegegutachten vom 18.05. 2004 spricht, dass die von ihr zu Grunde gelegten Diagnosen von den gerichtlichen Sachverständigen nicht gestellt wurden. Beim Kläger bestehen keine massiven degenerativen Veränderungen der HWS und auch keine Depression in wesentlichem Umfang. Ausweislich des Pflegegutachtens beruhen diese Diagnosen auch nicht auf eigenen orthopäischen Untersuchungen oder einer psychiatrischen Exploration sondern im Wesentlichen auf den anamnestischen Angaben des Klägers und dessen Angehörigen (der Versicherte werde im Wohnzimmer sitzend angetroffen, wirke in sich gekehrt, nehme kaum am Gespräch teil). Das Gutachten enthält auch keine Anhaltspunkte dafür, dass der Sachverständigen weitere medizinische Unterlagen, insbesondere auf nervenärztlichem Gebiet, vorlagen. Das Gutachten gibt lediglich in der Anamnese die Angabe der Angehörigen wieder, der Vers. leide unter Depressionen. Unter der Überschrift "Nervensystem/Psyche" wird nur ausgeführt, der Vers. sei voll orientiert, permanent klagend bei chronischem Schmerzsyndrom, deutlicher Antriebsarmut und depressiver Stimmungslage, die Gutachtenssituation werde erfasst.

Entgegen der Beurteilung durch Dr. H. im beigezogenen Gutachten vom 09.02.2003 finden sich sehr wohl Anhaltspunkte für einen sog. primären bzw. sekundären Krankheitsgewinn des Klägers, wie ihn Prof. Dr. F. beschrieben hat (alles akzeptierende und überfürsorgliche Haltung der Familie mit enormer Regression des Klägers).

Soweit der Kläger hilfsweise beantragt hat, eine ergänzende Stellungnahme von Prof. Dr. F. zu den Feststellungen im Pflegegutachten (Pflegestufe 1) und zu den von Prof. Dr. R. für notwendig gehaltenen betriebsunüblichen Pausen einzuholen, ist der Senat dem nicht gefolgt.

Der Senat lässt es dahingestellt, ob es sich bei dem klägerischen Antrag überhaupt um einen förmlichen Beweisantrag handelt. Ein Beweisantrag ist ein Antrag, der für bestimmte Tatsachen, die bewiesen werden sollen- das Beweisthema - bestimmte Beweismittel benennt (vgl. Roller in Hk-SGG § 103 Rn 10, Zöller/Greger, ZPO, 25.Aufl., vor § 284 Rn 3ff.), während der Antrag des Klägers lediglich darauf abzielt, den Sachverständigen Prof. Dr. F. zu den von anderen Sachverständigen gestellten Diagnosen bzw. Leistungseinschränkungen ergänzend zu hören.

Der Senat sah nach dem objektiven Stand der Ermittlungen im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung keine Notwendigkeit mehr, weitere Ermittlungen durchzuführen. Dies gilt sowohl im Hinblick auf die abweichenden Diagnosen im Pflegegutachten als auch im Hinblick auf die unterschiedliche Beantwortung der Frage nach besonderen Arbeitsbedingungen durch Prof. Dr. F. einerseits und Prof. Dr. R. andererseits.

In beiden Fällen hätte eine nochmalige Anhörung von Prof. Dr. F. zu keinen weiteren Erkenntnissen geführt. Prof. Dr. F. hat zum chronischen Schmerzsyndrom des Klägers und dem Schweregrad der Depression im Gutachten vom 29.09.2004 und der ergänzenden Stellungnahme vom 06.05.2005 ausführlich Stellung genommen. Er hat auch die Beweisfrage 4, die lautet: "Sind besondere Arbeitsbedingungen erforderlich (z.B. betriebsunübliche Pausen, ggf. in welchen Abständen und von welcher Dauer; besonders gestaltetes Arbeitsgerät) ?" dahingehend beantwortet, dass - abgesehen von einem stufenweisen Wiedereinstieg in eine berufliche Tätigkeit - keine weiteren besonderen Arbeitsbedingungen zu beachten seien. Somit ist es im vorliegenden Fall allein noch Aufgabe der richterlichen Beweiswürdigung, die abweichenden Diagnosen und Beurteilungen zu bewerten. Dem ist der Senat nachgekommen.

Nachdem der Kläger unter Berücksichtigung der genannten qualitativen Einschränkungen noch vollschichtig leichte Tätigkeiten verrichten kann, ist er nicht erwerbsunfähig. Insbesondere muss für die Verneinung von Erwerbsunfähigkeit bei vollschichtig leistungsfähigen Versicherten - anders als bei Teilzeitkräften - weder eine konkrete Tätigkeit benannt werden noch ist die Frage zu prüfen, ob es genügend Arbeitsplätze gibt. Vielmehr ist davon auszugehen, dass auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt für vollschichtig leistungsfähige Angelernte des unteren Bereichs sowie Ungelernte geeignete Arbeitsplätze in ausreichender Anzahl vorhanden sind (Beschlüsse des Großen Senats des BSG vom 19. Dezember 1996, u.a. SozR 3-2600 § 44 Nr. 8). Dies stimmt mit dem erklärten Willen des Gesetzgebers überein, der durch die im Zweiten Gesetz zur Änderung des SGB VI vom 02. Mai 1996 (BGBl. I S. 659) vorgenommene Ergänzung des § 44 Abs. 2 SGB VI klargestellt hat, dass nicht erwerbsunfähig ist, wer eine vollschichtige Tätigkeit ausüben kann, wobei die jeweilige Arbeitsmarktlage nicht zu berücksichtigen ist. Dem Kläger ist somit keine Rente zu gewähren, und zwar unabhängig davon, ob die für ihn zuständige Agentur für Arbeit einen seinem Leistungsvermögen entsprechenden Arbeitsplatz anbieten könnte. Denn das Risiko, keinen offenen Arbeitsplatz zu finden, ist nicht von der Renten-, sondern grundsätzlich von der Arbeitslosenversicherung zu tragen (BSG SozR 2200 § 1246 Nr. 137 m.w.N.). Allerdings ist die Frage, ob es auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt Arbeitsplätze gibt, immer dann zu klären, wenn eine Summierung ungewöhnlicher Leistungseinschränkungen oder eine schwere spezifische Leistungsbehinderung vorliegt (BSG SozR 2200 § 1246 Nrn. 104 und 117) oder wenn Vollzeitarbeitskräfte nur noch auf solchen Arbeitsplätzen einsetzbar sind, bei denen wegen ihrer Seltenheit die Gefahr einer Verschlossenheit des Arbeitsmarktes besteht, also z.B. noch in Betracht kommende Tätigkeiten nicht unter betriebsüblichen Bedingungen ausgeübt werden können oder entsprechende Arbeitsplätze aufgrund gesundheitlicher Beeinträchtigungen von der Wohnung aus nicht erreichbar sind oder nur vereinzelt vorkommen (BSG SozR 2200 §§ 1246 Nrn. 136, 137 und 139 sowie 1247 Nrn. 33 und 53; SozR 3-2200 § 1247 Nrn. 10 und 14). Ausgehend hiervon sind keine Beschränkungen des zumutbaren Arbeitsweges erkennbar. Der Kläger benützt zwar Gehhilfen. Dieser sind jedoch, wie Prof. Dr. H. überzeugend dargelegt hat, nicht erforderlich. Auch benötigt der Kläger, wie bereits dargelegt, keine betriebsunüblichen Pausen. Ebenso gibt es für das Bestehen der übrigen sog. Katalogfälle keine Anhaltspunkte. Darüber hinaus liegt auch keine Summierung ungewöhnlicher Leistungseinschränkungen vor. Denn bei den vorhandenen Einschränkungen handelt es sich im Wesentlichen um solche, denen durch die Begrenzung auf leichte körperliche Arbeiten bereits hinreichend Rechnung

getragen wird. Der Ausschluss von Tätigkeiten im Akkord und am Fließband, sowie unter Einwirkung von Kälte, Nässe und Zugluft schränkt das Tätigkeitsfeld für leichte körperliche Arbeiten, die regelmäßig überwiegend im Sitzen in geschlossenen wohltemperierten Räumen durchgeführt werden, nicht zusätzlich ein. Schließlich ist eine schwere spezifische Leistungsbehinderung nicht erkennbar. Die iatrogen bedingte Opioidabhängigkeit steht zwar der sofortigen Aufnahme einer vollschichtigen Tätigkeit entgegen. Dem Kläger ist aber eine stufenweise Wiedereingliederung in weniger als 6 Monaten möglich. Der Kläger ist auch nicht berufsunfähig. Bisheriger Beruf ist die zuletzt ausgeübte versicherungspflichtige Beschäftigung oder Tätigkeit, sofern eine zuvor ausgeübte höherwertige versicherungspflichtige Beschäftigung oder Tätigkeit nicht krankheitsbedingt aufgegeben werden musste. Bisheriger Beruf des Klägers ist unter der Bedingung, dass der Kläger die Pflichtbeiträge für seine selbstständige Tätigkeit als Gastwirt entrichtet, nicht die vom Kläger im Jahr 1984 ausgeübte Tätigkeit als Bandarbeiter bei der Firma Bosch, sondern die selbstständig ausgeübte Tätigkeit als Gastwirt. Bei dieser Tätigkeit, für die der Kläger keine Ausbildung durchlaufen hat und in deren Rahmen er nach seinen eigenen Angaben "Mädchen für Alles" war, handelte es sich ebenso wie bei der Tätigkeit bei der Fa. Bosch allenfalls um eine angelernte Tätigkeit des unteren Bereichs mit einer Einarbeitungszeit von bis zu 3 Monaten. Der Kläger ist damit auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt breit verweisbar. Insgesamt hat der Kläger somit keinen Anspruch auf Gewährung von Rente wegen verminderter Erwerbsfähigkeit, auch nicht unter Berücksichtigung der ab dem 01.01.2001 geltenden geänderten Vorschriften, wonach für eine solche Rente ebenfalls eine zeitliche Leistungseinschränkung Voraussetzung ist (vgl. § 43 und § 240 SGB VI in der ab dem 01.01.2001 geänderten Fassung des Gesetzes zur Reform der Renten wegen verminderter Erwerbsfähigkeit vom 20.12.2000, BGBl. I S. 1827).

Die Berufung konnte demnach keinen Erfolg haben.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.

Für die Zulassung der Revision bestand kein Anlass.
Rechtskraft
Aus
Login
BWB
Saved
2009-04-27