

## L 18 AL 37/17 WA

Land

Berlin-Brandenburg

Sozialgericht

LSG Berlin-Brandenburg

Sachgebiet

Arbeitslosenversicherung

Abteilung

18

1. Instanz

SG Berlin (BRB)

Aktenzeichen

S 62 AL 6866/12

Datum

19.03.2014

2. Instanz

LSG Berlin-Brandenburg

Aktenzeichen

L 18 AL 37/17 WA

Datum

15.11.2017

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Berlin vom 19. März 2014 wird zurückgewiesen. Außergerichtliche Kosten sind auch im Berufungsverfahren nicht zu erstatten. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Der Kläger begehrt die Zahlung von Arbeitslosengeld (Alg) für die Zeit seit dem 9. März 2012.

Der 1966 geborene, verheiratete Kläger war als ausgebildeter Koch bei der Firma E D GmbH in B seit Oktober 2003 als Küchenleiter im Umfang von 40 Stunden in der Woche beschäftigt. Am 9. September 2010 erlitt einen Wegeunfall und war seither gemäß ärztlicher Bescheinigungen aufgrund einer Schulterverletzung mit anschließenden Operationen durchgehend arbeitsunfähig. Das Arbeitsverhältnis endete am 31. Januar 2012 nach Kündigung des Arbeitgebers durch arbeitsgerichtlichen Vergleich unter Zahlung einer Abfindung. Der Kläger erhielt Krankengeld bis 8. März 2012 und bezog seit 9. März 2012 eine Verletztenrente nach einer Minderung der Erwerbsfähigkeit (MdE) von 20 bzw. aufgrund Vergleichs (SG Berlin – S 98 U 892/12 –) ab dem 1. Februar 2014 nach einer MdE von 30 v.H. Das Versorgungsamt stellte bei ihm einen Grad der Behinderung (GdB) von 40 fest (Bescheid des Landesamtes für Gesundheit und Soziales Berlin vom 16. Dezember 2014). Die Deutsche Rentenversicherung Bund (DRV) lehnte den Antrag des Klägers auf Zahlung einer Erwerbsminderungsrente ab (Bescheid vom 1. August 2012, Widerspruchsbescheid vom 25. Februar 2013 nach Sachverständigen Gutachten durch den Neurologen und Psychiater Dr. Sch mit Gutachten). Hiergegen richtete sich die beim Sozialgericht Berlin (SG) anhängige Klage S 13 R 3670/13. Seit März 2014 erhielt er Rente wegen Berufsunfähigkeit (Bescheid der BVV vom 30. März 2015).

Der Kläger meldete sich am 9. März 2012 ab diesem Zeitpunkt arbeitslos und beantragte die Zahlung von Alg (Antrag vom 1. April 2012). Er sei seit dem 10. September 2010 durchgehend krank geschrieben. Eine von der Arbeitsvermittlung am 10. April 2012 eingefügte Antragsänderung, wonach er bei einer ärztlichen Begutachtung bereit sei, sich im Rahmen des festgestellten Leistungsvermögens für die Vermittlung zur Verfügung zu stellen, bestätigte er nicht. Die Beklagte veranlasste die Erstattung eines ärztlichen Gutachtens (Gutachten nach Untersuchung vom 2. April 2012 des Chirurgen und Sozialmediziners Dipl.-Med. P/Dr. K), mit dem dem Kläger eine leichte, vorübergehende, da besserungsfähige Leistungseinschränkung wegen eines Schulterfunktionsschmerzes rechts und Gicht bescheinigt wurde; leichte, vollschichtige Arbeiten (täglich 6 Std. und mehr) könnten bei gegebener Wegfähigkeit geleistet werden. Aufgrund der genannten Krankheitsfolgen sei die Leistungsfähigkeit und Belastbarkeit eingeschränkt; vollschichtige Arbeiten könnten jedoch geleistet werden. "Es besteht eine Minderung der Leistungsfähigkeit, die eine versicherungspflichtige, mindestens 15 Stunden wöchentlich umfassende Beschäftigung nicht zulässt." Die Beklagte veranlasste die Nachbegutachtung durch den Sozialmediziner Dr. G des ärztlichen Dienstes der Agentur für Arbeit, der in der gutachterlichen Äußerung nach Aktenlage vom 14. Mai 2012 zu dem Ergebnis kam, das Vorgutachten sei aufgrund eines Schreibfehlers nicht plausibel. Nach sämtlichen Befunden und dem Tenor des Gutachtens liege bei dem Kläger ein vollschichtiges Leistungsbild mit qualitativen Einschränkungen vor. Gegen den Einsatz als Küchenchef beständen keine Bedenken. Auf den Inhalt des Gutachtens vom 2. April 2012 bzw. der Gutachterlichen Äußerung vom 14. Mai 2012 wird wegen der Einzelheiten Bezug genommen (Leistungsakte der Beklagten Bl. 15, 25).

Im Zuge einer persönlichen Vorsprache am 12. Juli 2012 erklärte der Kläger, das Ergebnis der Begutachtung entspreche nicht seinem Gesundheitszustand; er stehe dem Arbeitsmarkt nicht zur Verfügung und werde auch weiterhin arbeitsunfähig sein.

Mit Bescheid vom 23. Juli 2012 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 14. September 2012 lehnte die Beklagte die Bewilligung von Alg ab; die Arbeitsunfähigkeit seit dem durchgehende 10. September 2010 stehe der Verfügbarkeit grundsätzlich entgegen. Aufgrund seiner Erklärung vom 12. Juli 2012 bestehe auch im Rahmen der begutachteten Leistungsfähigkeit keine Verfügbarkeit. Eine verminderte

Leistungsfähigkeit von mehr als sechs Monaten liege nicht vor. Anspruch auf Leistungsfortzahlung wegen Krankheit bestehe nicht, weil die Arbeitsunfähigkeit nicht während des Leistungsbezugs eingetreten sei, der Kläger vielmehr bereits zum Beginn des geltend gemachten Alg-Anspruchs arbeitsunfähig erkrankt gewesen sei.

Die nachfolgende Klage hat das Sozialgericht Berlin (SG) mit Urteil vom 19. März 2014 abgewiesen und zur Begründung ausgeführt: Der Kläger habe ab dem 9. März 2012 keinen Anspruch auf Alg. Der angefochtene Bescheid sei rechtmäßig. Seit Antragstellung sei er aufgrund der seit September 2010 durchgehend bescheinigten Arbeitsunfähigkeit objektiv nicht verfügbar. Auch aus der sog. Nahtlosigkeitsregelung folge kein Anspruch auf Alg. Er sei nach der von der Beklagten veranlassten ärztlichen Feststellung, die mit derjenigen der DRV übereinstimme, nicht im erforderlichen Umfang leistungsgemindert. Diese Regelung finde keine Anwendung, wenn beide Versicherungsträger von einem objektiv vorhandenen, ausreichenden Leistungsvermögen ausgingen und nur der Arbeitslose sein Leistungsvermögen für aufgehoben halte. Nachdem der Kläger nach den schlüssigen Ermittlungsergebnissen der Beklagten, die ihm am 12. Juli 2012 eröffnet worden seien, auf die Zahlung von Alg unter Hinweis seine Arbeitsunfähigkeit bestanden habe, habe seither auch die erforderliche subjektive Verfügbarkeit nicht (mehr) vorgelegen, die ohnehin nicht im Rahmen der Nahtlosigkeitsregelung fingiert werden könne.

Mit seiner Berufung vom 16. April 2014 macht der Kläger insbesondere unter Bezugnahme auf vorgelegte AU-Bescheinigungen und medizinische Gutachten in anderen Verfahren geltend, bis zur Entscheidung über den Antrag auf Rente wegen Erwerbsminderung habe er Anspruch auf Alg, weil er aufgrund der unfallbedingten Verletzungen und gesundheitlichen Beeinträchtigungen nicht mehr in der Lage sei, täglich mindestens drei Stunden unter den allgemeinen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes tätig zu sein.

Der Kläger beantragt sinngemäß,

das Urteil des Sozialgerichts Berlin vom 19. März 2014 aufzuheben und die Beklagte unter Aufhebung des Bescheides vom 23. Juli 2012 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 14. September 2012 zu verurteilen, ihm ab 9. März 2012 Arbeitslosengeld zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie ergänzt, eine MdE von 30 v.H. sei kein Grund, sich dem allgemeinen Arbeitsmarkt zu verschließen.

Der Senat hat nach zwischenzeitlichem Ruhen des Verfahrens das im sozialgerichtlichen Verfahren S 13 R 3670/13 durch den Neurologen und Psychiater R erstattete Gutachten vom 12. Oktober 2015 nebst ergänzender Stellungnahme vom 11. Juli 2016 in das vorliegende Verfahren eingeführt. Hiernach sei das dem Kläger verbliebene, qualitativ eingeschränkte Leistungsvermögen noch für die volle übliche Arbeitszeit unter leidensgerechten Bedingungen ausreichend; eine quantitative Einschränkung der Leistungsfähigkeit liege seit Rentenanspruchstellung (22. Mai 2012) nicht vor. Auf den weiteren Inhalt dieses Gutachtens nebst gutachterlicher Stellungnahme wird Bezug genommen.

Wegen des weiteren Vorbringens der Beteiligten im Übrigen wird auf deren vorbereitende Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Die Gerichtsakte und die Verwaltungsakte der Beklagten haben vorgelegen und sind, soweit erforderlich, Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung des Klägers über die trotz Ausbleibens des Klägers in der mündlichen Verhandlung hat entschieden werden können (vgl. [§§ 126, 110 Abs. 1 Satz 2](#) Sozialgerichtsgesetz – SGG), ist unbegründet. Das SG hat die Klage zu Recht und mit zutreffenden Gründen abgewiesen.

Gegenstand des Berufungsverfahrens ist der Bescheid der Beklagten vom 23. Juli 2012 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 14. September 2012, gegen den sich der Kläger mit der kombinierten Anfechtungs- und Leistungsklage ([§ 54 Abs. 1](#) und 4, [56 SGG](#)) mit dem Ziel der Gewährung von Alg ab 9. März 2012 nach entsprechender Auslegung des Begehrens bis zur Erschöpfung des Anspruchs wendet; denn ein allein der Ablehnungsbescheid der DRV beendet die Sperrwirkung der Nahtlosigkeitsregelung nicht (vgl. BSG, Urteil vom 9. September 1999 – [B 11 AL 13/99](#) – juris Rn. 17), und das sozialgerichtliche Verfahren wegen Ablehnung einer Erwerbsminderungsrente ist bisher nicht rechtskräftig abgeschlossen.

Nach [§ 136 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 137 Abs. 1](#) Sozialgesetzbuch – Arbeitsförderung – (SGB III i.d.F. des Gesetzes vom 20. Dezember 2011, [BGBl. I S 2854](#)) hat Anspruch auf Alg, wer arbeitslos ist, der Arbeitsvermittlung zur Verfügung steht, die Anwartschaftszeit erfüllt, sich beim Arbeitsamt arbeitslos gemeldet und Alg beantragt hat. Zwar hat sich der Kläger bei der Beklagten arbeitslos gemeldet und erfüllt die Anwartschaftszeit (vgl. [§ 137 Abs. 1 Nr. 2](#) und 3 SGB III), was zwischen den Beteiligten nicht streitig ist. Den Vermittlungsbemühungen der Agentur für Arbeit steht gemäß [§ 138 Abs. 5 SGB III](#) aber nur zur Verfügung, wer u.a. eine versicherungspflichtige, mindestens 15 Stunden wöchentlich umfassende zumutbare Beschäftigung unter den üblichen Bedingungen des für ihn in Betracht kommenden Arbeitsmarktes ausüben kann und darf (Nr. 1 – objektive Verfügbarkeit) und bereit ist, jede Beschäftigung im vorstehenden Sinne anzunehmen und auszuüben (Nr. 3 – subjektive Verfügbarkeit). Dies war bei dem Kläger seit dem Zeitpunkt des Vorliegens der sonstigen Anspruchsvoraussetzungen am 9. März 2012 nicht der Fall (vgl. [§ 137 Abs. 2 SGB III](#)).

Einen Anspruch auf Alg aufgrund der sog. Nahtlosigkeitsregelung nach [§ 145 Abs. 1 Satz 1 SGB III](#) hat der Kläger nicht. Anders als er meint, erzeugt nicht jedwede Leistungsminderung zum Zeitpunkt des geltend gemachten Anspruchs die Fiktion der Arbeitsfähigkeit nach [§ 145 Abs. 1 Satz 1 SGB III](#), sondern nur eine Leistungsminderung auf weniger als 15 Stunden wöchentlich über eine Dauer von mehr als sechs Monaten (BSG, Urteil vom 10. Mai 2007 – [B 7a AL 30/06 R](#) – juris Rn. 15). Die entsprechenden Feststellungen zur prognostischen Betrachtung des gesundheitlichen Zustandes trifft die Beklagte in eigener Verantwortung (a.a.O.), wie das SG zutreffend ausgeführt hat.

Hiernach liegen die Voraussetzungen für eine Nahtlosgewährung gemäß bzw. 145 Abs. 1 Satz 1 SGB III (entspricht [§ 125 Abs. 1 Satz 1 SGB III](#) in der bis 31. März 2012 geltenden Fassung) nicht vor.

Gemäß [§ 145 Abs. 1 Satz 1 SGB III](#) (in der Fassung vom 20. Dezember 2011 - [BGBl. I S. 2854](#)) hat Anspruch auf Alg zwar auch eine Person, die allein deshalb nicht arbeitslos ist, weil sie wegen einer mehr als sechsmonatigen Minderung ihrer Leistungsfähigkeit versicherungspflichtige, mindestens 15 Stunden wöchentlich umfassende Beschäftigungen nicht unter den Bedingungen ausüben kann, die auf dem für sie in Betracht kommenden Arbeitsmarkt ohne Berücksichtigung der Minderung der Leistungsfähigkeit üblich sind, wenn eine verminderte Erwerbsfähigkeit im Sinne der gesetzlichen Rentenversicherung nicht festgestellt worden ist. Zur Feststellung des Umfangs zumutbarer Arbeiten (vgl. [§ 140 Abs. 1 SGB III](#)) und zur Beurteilung der subjektiven Verfügbarkeit hat die Beklagte das tatsächliche Leistungsvermögen des Arbeitslosen, wie ausgeführt, eigenständig zu ermitteln und festzustellen. Erst die konkrete Feststellung des noch vorhandenen Leistungsvermögens bildet die Grundlage für die Beurteilung der subjektiven Verfügbarkeit (vgl. BSG, Urteil vom 9. September 1999 - [B 11 AL 13/99](#) - juris Rn. 18 f.). Die fehlende Bereitschaft zur Aufnahme einer zumutbaren, der Leistungsfähigkeit entsprechenden Beschäftigung ist insofern keine Frage der Nahtlosigkeitsregelung, sondern liegt im eigenen Verantwortungsbereich des Versicherten. Hingegen ist die subjektive Verfügbarkeit zu bejahen, wenn der Arbeitslose bereit ist, alle seiner objektiven Leistungsfähigkeit entsprechenden und nach Art und Umfang zumutbaren Beschäftigungen aufzunehmen (BSG, Urteil vom 9. September 1999 - [B 11 AL 13/99](#) - a.a.O. Rn. 19). Kann eine i.S.v. [§ 145 Abs. 1 Satz 1 SGB III](#) erhebliche Minderung der quantitativen Leistungsfähigkeit für prognostisch länger als sechs Monate trotz medizinischer Ermittlungen der Beklagten nicht festgestellt werden, ist diese - wie hier - befugt, ohne weitere Hinzuziehung des Rentenversicherungsträgers (vgl. [§ 145 Abs. 1 Satz 2 SGB III](#)) über den Anspruch auf Alg zu entscheiden (vgl. Brand, SGB III, 7. Auflage 2015, § 145 Rn. 3). Die Beklagte hat hiernach einen Alg-Anspruch mit dem angefochtenen Bescheid rechtmäßig abgelehnt, weil der Kläger zwar nach dem Ergebnis der durchgeführten Ermittlungen objektiv verfügbar war, den Vermittlungsbemühungen der Beklagten subjektiv jedoch nicht zur Verfügung stand (vgl. [§ 138 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 5 Nr. 3 SGB III](#)).

Eine fehlende - objektive - Verfügbarkeit folgt allerdings nicht schon aus der mit Antragstellung vorgelegten, seit September 2010 fortlaufend dem Kläger bescheinigten Arbeitsunfähigkeit. Arbeitsunfähigkeit und Verfügbarkeit sind nicht deckungsgleich (vgl. BSG, Urteil vom 19. September 1979 - [11 RA 78/78](#) - juris Rn. 20). Arbeitsunfähig ist, wer weder seine letzte Erwerbstätigkeit noch eine ähnliche Arbeit verrichten kann (vgl. BSG, Urteil vom 24. Februar 1976 - [5 RKn 26/75](#) - juris Rn. 13). Ein - arbeitsunfähiger - Antragsteller, wie der Kläger, kann sich grundsätzlich im Rahmen seiner Dispositionsfreiheit jedoch der Arbeitsvermittlung für leidensgerechte Tätigkeiten des allgemeinen Arbeitsmarktes zur Verfügung stellen, wie es der Antragsvordruck der Beklagten vorgeschah. Der Kläger war tatsächlich nach der gerichtlich voll überprüfbar prognoseentscheidend der Beklagten seit dem 9. März 2012 objektiv verfügbar. Eine Minderung seiner Leistungsfähigkeit unter 15 Stunden wöchentlich für mehr als sechs Monate lag nicht vor, wie die Beklagte auf der Grundlage des auf ihre Veranlassung eingeholten Gutachtens des Arztes Dipl. Med. P/Dr. K vom 2. April 2012 nebst ergänzender gutachterlicher Äußerung vom 14. Mai 2012 des Arztes Dr. G entschied, wonach seit der erstmaligen Entstehung der sonstigen Alg-Anspruchsvoraussetzungen am 9. März 2012 bei dem Kläger nur eine vorübergehende - qualitative - Minderung und keine mehr als sechsmonatige Minderung (vgl. [§ 145 Abs. 1 Satz 1 SGB III](#)) der (quantitativen) Leistungsfähigkeit festzustellen war. Diese Einschätzung wird weder durch die vom Kläger vorgelegten ärztlichen Unterlagen, die sich zur Frage des Restleistungsvermögens im nach [§ 145 Abs. 1 Satz 1 SGB III](#) erheblichen Umfang sämtlich nicht äußern, noch durch das im sozialgerichtlichen Verfahren SG Berlin - S 13 R 3670/13 - eingeholte, ins Verfahren eingeführte Gutachten vom 12. Oktober 2015 des Neurologen und Psychiaters R erschüttert. Dahinstehen kann, ob die Beantwortung der Zielfragen im Gutachten vom 2. April 2012 auf einem offensichtlichen oder klärungsbedürftigen Fehler beruhte. Denn nach dem festgestellten Leistungsbild wurde eine quantitative Einschränkung des Leistungsvermögens des Klägers medizinisch nicht festgestellt, so dass die entsprechende Prognoseentscheidung der Beklagten nicht zu beanstanden ist. Nachdem der Kläger mit der Antragstellung bei der Beklagten seine Verfügbarkeit im Rahmen der ihm bescheinigten gesundheitlichen Möglichkeiten nicht bejaht hatte und diese auch nicht auf die Antragsergänzung vom 10. April 2012 seitens einer Mitarbeiterin der Beklagten schriftlich bestätigt hatte, vielmehr im Zuge der Vorsprache bei der Beklagten am 12. Juli 2012 seine Verfügbarkeit ausdrücklich verneinte, fehlte es für die Zeit seit dem 9. März 2012 an der subjektiven Verfügbarkeit und damit einer der Voraussetzungen für einen Anspruch auf Alg.

Nur ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass der Kläger auch keinen Anspruch auf Leistungsfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit gemäß [§ 146 Abs. 1 SGB III](#) hat, weil die Arbeitsunfähigkeit nicht während des Bezugs von Alg eingetreten ist, sondern ausweislich der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vom 18. Januar 2015 fortlaufend seit dem 10. September 2010 jedenfalls über die Antragstellung bei der Beklagten hinaus bestand.

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

Gründe für eine Zulassung der Revision gemäß [§ 160 Abs. 2 Nrn. 1 oder 2 SGG](#) liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

BRB

Saved

2018-01-05