

L 8 AL 6429/06

Land

Baden-Württemberg

Sozialgericht

LSG Baden-Württemberg

Sachgebiet

Arbeitslosenversicherung

Abteilung

8

1. Instanz

SG Freiburg (BWB)

Aktenzeichen

S 8 AL 1622/03

Datum

08.03.2003

2. Instanz

LSG Baden-Württemberg

Aktenzeichen

L 8 AL 6429/06

Datum

31.08.2007

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

Auf die Berufung des Klägers wird der Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Freiburg vom 8. März 2003 abgeändert. Der Bescheid der Beklagten vom 23. März 2003 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 13. Mai 2003 wird aufgehoben, soweit die Bewilligung von Arbeitslosengeld vor dem 28.03.2003 aufgehoben wurde.

Im Übrigen wird die Berufung des Klägers zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten sind auch im Berufungsverfahren nicht zu erstatten.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Der am 02.11.1956 geborene Kläger wendet sich gegen die Aufhebung der Bewilligung von Arbeitslosengeld (Alg).

Der Kläger war - nach vorherigem Bezug von Leistungen durch das Arbeitsamt L., jetzt Agentur für Arbeit (AA) - vom 23.08.1999 bis 30.04.2000 bei der Firma R. P. GmbH A. und ab 01.05.2000 bei der Firma M. R. jeweils als Schlosser tätig. In der Zeit vom 23.07.2001 bis 10.08.2001 bezog der Kläger Übergangsgeld wegen einer medizinischen Rehabilitationsmaßnahme in Höhe von täglich 154,03 DM und vom 24.09.2001 bis 21.01.2003 (Aussteuerung) Krankengeld von der IKK L. in Höhe von täglich 74,10 EUR. Mit Bescheid der LVA Baden-Württemberg vom 09.12.2002 wurde dem Kläger ab 01.09.2002 Rente wegen teilweiser Erwerbsminderung mit einem Zahlungsbetrag von monatlich 310,12 EUR bewilligt. Ein Anspruch auf Rente wegen voller Erwerbsminderung wurde dagegen abgelehnt. Hiergegen legte der Kläger Widerspruch ein.

Am 17.12.2002 meldete sich der Kläger beim AA arbeitslos. Das AA holte das Gutachten von Dr. H.-H. vom 28.01.2003 ein. Sie gelangte zu dem Ergebnis, dass der Kläger noch leichte Arbeiten mit qualitativen Einschränkungen (zeitweise stehend, gehend und sitzend, unter Zeitdruck, unter erhöhter Verletzungsgefahr, ohne häufiges Bücken, in Zwangshaltungen, ohne häufiges Heben und Tragen ohne mechanische Hilfsmittel, keine Arbeiten auf unebenem Boden, kein Besteigen von Leitern und Gerüsten, keine Fahr-, Steuer- und Überwachungsfunktion und keine sonstigen gefährdenden Tätigkeiten) vollschichtig verrichten könne. Der Kläger sei in seiner Tätigkeit als Metallbauer nicht mehr leistungsfähig. Der Kläger sei jedoch im Rahmen des Leistungsbildes noch belastbar. Laut LVA Gutachten seien berufsfördernde Leistungen zu prüfen.

Mit Bescheid vom 19.02.2003 bewilligte das AA dem Kläger Alg ab 22.01.2003 in Höhe von täglich 36,60 EUR (Bemessungsentgelt 520 EUR, Leistungsgruppe C/1, Leistungstabelle 2003, 67 %, Anspruchsdauer 540 Tage). Das AA erfüllte einen geltend gemachten Erstattungsanspruch der LVA Baden-Württemberg für die Zeit vom 22.01.2003 bis 28.02.2003 in Höhe von 410,16 EUR. Mit Bescheid vom 03.03.2003 hob die LVA Baden-Württemberg den Bescheid vom 09.12.2002 wegen Überschreitens der Hinzuverdienstgrenze durch den Bezug von Alg auf.

Am 27.03.2003 legte der Kläger eine Bescheinigung des Dr. P. vom 20.03.2003 vor, in der dem Kläger zu 100 % Arbeitsunfähigkeit für seine bisherige Tätigkeit als Metallbauer und für jegliche andere Tätigkeit bescheinigt wird. In dem vom AA hierzu gefertigten Beratungsvermerk wurde festgehalten, der Kläger stelle sich trotz Hinweises auf die leistungsrechtlichen Konsequenzen der Vermittlung im Rahmen des Gutachtens des ärztlichen Dienstes nicht zu Verfügung.

Mit Bescheid vom 23.04.2003 hob das AA die Bewilligung von Alg gestützt auf §§ 117, 118, 119 SGB III i.V.m. § 48 SGB X ab dem 27.03.2003 mit der Begründung ganz auf, aufgrund der Mitteilung des Klägers am 27.03.2003 seien Verfügbarkeit und Arbeitslosigkeit nicht gegeben. Der Kläger habe keinen Leistungsanspruch mehr.

Hiergegen legte der Kläger am 28.04.2003 Widerspruch ein. Er machte unter Bezug auf das bereits vorgelegte "Gutachten" seines Arztes geltend, mit der Aufhebung der Leistungsbewilligung nicht einverstanden zu sein. Das AA holte die ergänzende gutachtliche Äußerung der Internistin Dr. H.-H. vom 09.05.2003 ein, die an der Bewertung eines vollschichtigen Leistungsvermögens des Klägers festhielt. Mit Widerspruchsbescheid vom 13.05.2003 wurde der Widerspruch des Klägers zurückgewiesen.

Hiergegen erhob der Kläger am 06.06.2003 Klage beim Sozialgericht Freiburg (SG). Er führte zur Begründung aus, er sei derzeit überhaupt nicht einsatzfähig. Durch eine Heilmaßnahme solle seine Arbeitsfähigkeit wieder hergestellt werden. Dies sei Gegenstand seiner Vorsprache beim AA gewesen. Er habe bei seiner besonderen Sachlage den Vermittlungsbemühungen des AA zur Verfügung stehen wollen. Das lediglich nach Aktenlage gefertigte Gutachten der Dr. H.-H. sei nicht aussagekräftig und unzutreffend. Ein Verfahren wegen Erwerbsunfähigkeitsrente bei der LVA Baden-Württemberg laufe. Er habe versucht, seine derzeitige Situation dem Sachbearbeiter klarzumachen, dass er durchaus zur Verfügung stehe und nur vorübergehend nicht arbeitsfähig sei. Aus seiner Sicht habe seine Verfügbarkeit nie in Frage gestanden.

Die Beklagte trat der Klage entgegen. Der Kläger habe bislang abgelehnt, im Rahmen des ihm eröffneten ärztlichen Gutachtens des AA arbeitsbereit zu sein, weshalb eine Leistungszahlung mangels Verfügbarkeit nicht möglich sei. Selbst bei vorübergehender Leistungsunfähigkeit des Klägers bis zum Abschluss der Heilmaßnahme läge Verfügbarkeit nicht vor.

Das SG zog von der LVA Baden-Württemberg ärztliche Unterlagen des Klägers im Rentenverfahren bei (Gutachten des Orthopäden Dr. W., R., vom 16.10.2002, Gutachten der Ärztin für Sozialmedizin D. P. vom 21.10.2002, die beide das Leistungsvermögen des Klägers für seine letzte Tätigkeit als Metallbauer auf unter 3 Stunden und körperliche leichte Arbeiten mit qualitativen Einschränkungen auf 6 Stunden und mehr einschätzten; Bescheinigung des Dr. P. vom 17.12.2002).

Mit Schreiben vom 28.08.2003 wurde dem Kläger vom SG dringend empfohlen, sich im Rahmen der ärztlichen Gutachten der Arbeitsvermittlung zur Verfügung zu stellen.

Im Anschluss an das Schreiben des SG vom 28.08.2003 und weiterer Hinweisschreiben des SG führte der Kläger - durch seinen nunmehrigen Prozessbevollmächtigten - weiter aus, der bisherige medizinische Sachverhaltsstand sei nicht zu akzeptieren und der Sachverhalt hierzu weiter aufzuklären. Die von der LVA und vom ärztlichen Dienst der Beklagten vorgenommene Leistungsbeurteilung sei nicht einschlägig. Selbst leichte Arbeiten seien ihm nicht möglich. Die Empfehlung des SG lasse § 125 SGB III außer Betracht, dessen Voraussetzungen bei ihm vorlägen. Die Feststellung der verminderten Erwerbsfähigkeit sei rechtskräftig noch nicht abgeschlossen. Es laufe beim SG ein Klageverfahren (S 11 RJ 2846/03). Erst nach einer rechtskräftigen gerichtlichen Feststellung von verminderter Erwerbsfähigkeit ende die Vergünstigung des § 125 SGB III.

Mit Gerichtsbescheid vom 08.03.2004 wies das SG die Klage unter Bezug auf den Widerspruchsbescheid der Beklagten vom 15.03.2003 ab. Ergänzend führte es zur Begründung aus, die sogenannte "Nahtlosigkeitsregelung" des § 125 SGB III finde vorliegend keine Anwendung. Die Frage, ob der Kläger gegen die Beklagte einen Anspruch auf Gewährung von Alg habe, richte sich daher nach den "allgemeinen" Regeln. Einen Anspruch auf Alg bestehe gemäß §§ 117 Abs. 1 Nr. 1, 118 Abs. 1 Nr. 2, 119 SGB III nur dann, wenn der Kläger den Vermittlungsbemühungen des AA im Umfang von mindestens 15 Stunden wöchentlich zur Verfügung stehe. Diese Voraussetzungen lägen nicht vor, da es an der subjektiven Verfügbarkeit des Klägers fehle. Aus Anlass der persönlichen Vorsprache beim AA am 27.03.2003 habe der Kläger unter Vorlage eines fachärztlichen Attestes erklärt, dass er nicht fähig und bereit sei, jegliche Tätigkeit auszuüben. Damit könne von einer Suche nach einer versicherungspflichtigen, mindestens 15 Stunden wöchentlich umfassenden Beschäftigung nicht ausgegangen werden.

Gegen den am 25.03.2004 zugestellten Gerichtsbescheid hat der Kläger am 02.04.2004 Berufung eingelegt (L 8 AL 1330/04). Er hat zur Begründung ergänzend zu seinem erstinstanzlichen Vorbringen ausgeführt, seine Klage gegen den Rentenbescheid der LVA Baden-Württemberg vom 09.12.2002 sei für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreites erheblich. Die Nahtlosigkeitsregelung des § 125 SGB III sei zu seinen Gunsten anzuwenden. Solange keine bindende Feststellung des Rentenversicherungsträgers vorliege, sei die Beklagte nicht von ihrer eigenen Bearbeitungs- und Feststellungspflicht entbunden und solange sei gemäß § 125 SGB III durch medizinische Sachverständigengutachten seine Leistungsfähigkeit zu ermitteln. Die gegenteilige Ansicht des SG führe zu einem widersinnigen Ergebnis. Sollte die Leistungsbeurteilung des Rententrägers unrichtig sein, wäre er bis zur Feststellung der Unrichtigkeit über lange Zeit - mit der Folge irreversibler gesundheitlicher Schäden - gezwungen, zu tun was er schmerzbedingt definitiv nicht tun könne, nämlich sich der Arbeitsvermittlung zur Verfügung zu stellen ohne hierzu nach Abschluss des Rentenverfahrens - bei einer ex post Betrachtung - verpflichtet gewesen zu sein. Dem könne so nicht sein. Dies zu vermeiden sei Sinn und Zweck des § 125 SGB III. Entsprechend sei § 125 SGB III zu verstehen und anzuwenden. Jede andere Auffassung ginge zu Lasten des Versicherten. Kollidierende Leistungsträgerschaften fänden, sollten sie letztlich gegeben sein, ihren Ausgleich in den §§ 102 ff. SGB X. Der Kläger hat medizinische Unterlagen vorgelegt.

Der Rechtsstreit ist durch den Berichterstatter in nichtöffentlicher Sitzung am 10.09.2004 mit den Beteiligten erörtert worden. Auf Antrag der Beteiligten ist - im Hinblick auf das noch nicht rechtskräftig abgeschlossene Rentenverfahren des Klägers - mit Beschluss vom 10.09.2004 das Ruhen des Verfahrens angeordnet worden.

Im Rentenverfahren hatte der Kläger am 09.09.2002 die Gewährung von Rente wegen Erwerbsminderung beantragt und nach Ablehnung des Antrages (hinsichtlich des Vorliegens von voller Erwerbsminderung) und erfolglosem Widerspruch beim SG Klage (S 11 R 2846/03) gegen die Deutsche Rentenversicherung Baden-Württemberg mit dem Ziel erhoben, ihm Rente wegen voller Erwerbsminderung zu gewähren. Das SG hörte in diesem Klageverfahren den Internisten Dr. P., der die Leistungsfähigkeit des Klägers für eine körperlich leichte Berufstätigkeit von 6 Stunden ausschloss (Stellungnahme vom 28.11.2003), die Orthopäden Dr. S. (Stellungnahme vom 10.02.2004) und Dr. K. (Stellungnahme vom 03.11.2004), die übereinstimmend ein Leistungsvermögen des Klägers von unter 6 Stunden täglich nicht für gegeben erachteten, Dr.F., Reha-Klinik H., der davon ausging, dass postoperativ ein Leistungsvermögen des Klägers von 6 Stunden und

mehr zu erwarten sei (Stellungnahme vom 08.02.2005), sowie den Facharzt für Neurochirurgie Prof. Dr. M., Universitätsklinikum F., der die Verrichtung einer körperlich leichten Arbeit von 6 Stunden täglich beim Kläger nicht ausschloss (Stellungnahme vom 27.01.2007), schriftlich als sachverständige Zeugen. Das SG holte weiter das orthopädische Gutachten des Dr. Dr. S. vom 09.05.2005 ein, der zu der Bewertung gelangte, der Kläger könne leichte Tätigkeiten mit qualitativen Einschränkungen noch mindestens sechsstündig arbeitstätig verrichten.

Mit Urteil vom 08.12.2005 wies das SG die Rentenklage gestützt auf das Gutachten des Dr. Dr. S. und die sachverständigen Zeugenauskünfte der den Kläger behandelnden Ärzte Dr. F., Dr. K. und Dr. S. ab. Der davon abweichenden Ansicht des Dr. P. schloss sich das SG nicht an, da dessen Einschätzung von den behandelnden Fachärzten weder für den Zeitpunkt vor der Wirbelsäulenoperation noch für den Zeitpunkt danach geteilt werde.

Gegen das Urteil des SG vom 08.12.2005 legte der Kläger am 22.02.2006 beim Landessozialgericht Baden-Württemberg (LSG) Berufung ein (L 10 R 874/06). Das LSG holte auf Antrag des Klägers gem. [§ 109 SGG](#) das orthopädische Gutachten des Prof. Dr. E., R., vom 27.10.2006 ein. Er gelangte zu der Leistungsbewertung, der Kläger könne leichte Tätigkeiten des allgemeinen Arbeitsmarktes mit Heben und Tragen von Lasten bis zu 7 kg unter qualitativen Einschränkungen noch mindestens 6 Stunden arbeitstätig ausführen. Die festgestellten Leistungseinschränkungen bestünden seit der Renten Antragstellung. Der Kläger nahm daraufhin am 19.01.2007 seine Berufung zurück.

Bereits am 18.12.2006 hat der Kläger das vorliegende Berufungsverfahren wieder angerufen, das unter vorliegendem Aktenzeichen weitergeführt worden ist. Er hat ergänzend vorgetragen, nach den Versteifungsoperationen im September und Oktober 2004 habe der ärztliche Dienst der Beklagten eine neue Bewertung seiner Leistungsfähigkeit mit einer Restleistungsfähigkeit attestiert, welche im streitigen Zeitraum noch nicht vorgelegen habe. Er hat hierzu das Gutachten des ärztlichen Dienstes, Dr. S., vorgelegt. Weiter hat der Kläger vorgetragen, bei ihm sei ein Grad der Behinderung von 50 sowie der Nachteilsausgleich "G" jeweils ab 03.12.2004 anerkannt worden.

Der Kläger beantragt,

den Gerichtsbescheid des Sozialgerichtes Freiburg vom 8. März 2004 sowie den Bescheid der Beklagten vom 23. April 2003 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 13. Mai 2003 aufzuheben, hilfsweise die Revision zuzulassen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält den angefochtenen Gerichtsbescheid des SG für zutreffend.

Der Rechtsstreit ist durch den Berichterstatter in nichtöffentlicher Sitzung am 22.06.2007 mit den Beteiligten erneut erörtert worden. Auf die Niederschrift vom 22.06.2007 wird Bezug genommen.

Wegen Einzelheiten des Sachverhaltes und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die Gerichtsakten erster und zweiter Instanz des vorliegenden Verfahrens sowie des Rentenverfahrens und ein Band Akten der Beklagten verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Die form- und fristgerecht eingelegte Berufung des Klägers, über die der Senat mit dem Einverständnis der Beteiligten ohne mündliche Verhandlung entscheidet, ist insgesamt zulässig ([§§ 143, 144 Abs. 1, 151 Sozialgerichtsgesetz \(SGG\)](#)). Die Berufung ist jedoch nur teilweise begründet. Die Anspruchsvoraussetzungen für die Leistung von Alg sind - erst - ab 28.03.2003 entfallen. Darüber hinaus sind die streitgegenständlichen Bescheide der Beklagten jedoch rechtmäßig und verletzen den Kläger nicht in seinen Rechten.

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Begründetheit der Anfechtungsklage ist die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt des Ergehens des Widerspruchsbescheides vom 13.05.2003.

Rechtsgrundlage ist [§ 48](#) Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X). Nach [§ 48 Abs. 1 Satz 1 SGB X](#) ist ein Verwaltungsakt mit Dauerwirkung aufzuheben, soweit in den tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen, die beim Erlass des Verwaltungsaktes vorgelegen haben, eine wesentliche Änderung eintritt.

Diese Voraussetzungen sind ab dem 28.03.2003 beim Kläger erfüllt, da der Kläger ab diesem Zeitpunkt für das AA subjektiv nicht mehr verfügbar und damit nicht mehr arbeitslos war.

Nach [§ 118 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB III](#) ist - u. a. - arbeitslos, wer eine versicherungspflichtige, mindestens 15 Stunden wöchentlich umfassende Beschäftigung sucht (Beschäftigungssuche). Eine Beschäftigung sucht nach [§ 119 Abs. 1 Nr. 2 SGB III](#), wer den Vermittlungsbemühungen des Arbeitsamtes zur Verfügung steht (Verfügbarkeit). Nach Absatz 2 dieser Vorschrift steht den Vermittlungsbemühungen des Arbeitsamtes u. a. zur Verfügung, wer seiner Arbeitsfähigkeit entsprechend arbeitsbereit (subjektiv verfügbar) ist.

Der Kläger hat sich bei seiner persönlichen Vorsprache am 27.03.2003 ausweislich des sich bei der Verwaltungsakte befindlichen Beratungsvermerkes unter Vorlage des Attestes von Dr. P. vom 20.03.2003 trotz Hinweises des AA auf die leistungsrechtlichen Konsequenzen darauf berufen, zu 100 % arbeitsunfähig für jegliche Tätigkeit zu sein und angegeben, sich nicht im Rahmen des Gutachtens des Ärztlichen Dienstes der AA zur Verfügung zu stellen. Damit hat er erklärt, den Vermittlungsbemühungen des AA subjektiv nicht zur Verfügung zu stehen. Diesen im Beratungsvermerk (Bl. 128 der Akten der Beklagten) festgehaltenen Angaben hat der Kläger im Verlaufe des Verwaltungs- und des gerichtlichen Verfahrens nicht widersprochen. Seine geäußerte subjektive Bewertung, er habe bei seiner besonderen Sachlage den Vermittlungsbemühungen des AA zur Verfügung stehen wollen, schließt seine fehlende subjektive Verfügbarkeit nicht aus. Es hätte vielmehr im Hinblick auf die Angaben am 27.03.2003 der klaren Aussage bedurft, sich entgegen der gemachten Angaben den Vermittlungsbemühungen der AA - im Rahmen seiner tatsächlichen Leistungsfähigkeit - zur Verfügung zu stellen. Eine solche Erklärung

hat der Kläger weder im Widerspruchsverfahren noch im Übrigen im gerichtlichen Verfahren - trotz dringender Empfehlung des SG - abgegeben. Damit war der Kläger - nach Ablauf des 27.03.2003 - ab dem 28.03.2007 nicht mehr arbeitslos.

Der Kläger kann sich nicht mit Erfolg auf [§ 125 SGB III](#) berufen. Nach dieser Vorschrift hat Anspruch auf Alg auch, wer alleine deshalb nicht arbeitslos ist, weil er wegen einer mehr als sechsmonatigen Minderung seiner Leistungsfähigkeit versicherungspflichtige, mindestens 15 Stunden wöchentlich umfassende Beschäftigungen nicht unter den Bedingungen ausüben kann, die auf dem für ihn in Betracht kommenden Arbeitsmarkt ohne Berücksichtigung der Minderung der Leistungsfähigkeit üblich sind, wenn verminderte Erwerbsfähigkeit im Sinne der gesetzlichen Rentenversicherung nicht festgestellt worden ist. Die Feststellung, ob verminderte Erwerbsfähigkeit vorliegt, trifft der zuständige Träger der Rentenversicherung (Satz 2).

Die Wirkung des [§ 125 Absatz 1 SGB III](#) besteht darin, ein gesundheitliches Leistungsvermögen des Arbeitslosen (Versicherten) bis zum Eintritt des in der Rentenversicherung versicherten Risikos der Erwerbsunfähigkeit zu fingieren. Diese Fiktion hindert die Arbeitsverwaltung daran, einen Anspruch auf Alg mit der Begründung zu verneinen, der Arbeitslose sei wegen nicht nur vorübergehender Einschränkungen der gesundheitlichen Leistungsfähigkeit objektiv nicht verfügbar. Erst nachdem der Rentenversicherungsträger eine positive Feststellung über das Vorliegen von Erwerbsunfähigkeit getroffen hat, wobei für die "Feststellung" eine bestimmte Form oder ein bestimmtes Verfahren nicht vorgeschrieben ist, entfällt auch die Sperrwirkung der Nahtlosigkeitsregelung, so dass die Beklagte nunmehr in ihrer Beurteilung der objektiven Verfügbarkeit frei ist und den Anspruch auf Alg ggf. mit der Begründung verneinen kann, der Arbeitslose könne eine Beschäftigung nicht mehr ausüben. Die positive Feststellung von Erwerbsunfähigkeit durch den zuständigen Rentenversicherungsträger bindet die Arbeitsverwaltung jedoch nicht, sondern eröffnet ihr die Möglichkeit, nunmehr ohne die Beschränkungen des [§ 125 SGB III](#) die objektive Verfügbarkeit aufgrund eigener Feststellungen zu verneinen. Eine weitergehende Bindung an tatsächliche oder rechtliche Feststellungen des Rentenversicherungsträgers im Sinne einer Erweiterung des Anwendungsbereiches der Nahtlosigkeitsregelung besteht nicht. Dies gilt auch für Ablehnungsbescheide des Rentenversicherungsträgers, die dieser auf einen Rentenantrag des Versicherten hin erteilt. Ein derartiger Ablehnungsbescheid schränkt den Anwendungsbereich der Nahtlosigkeitsregelung nicht ein und beendet die Sperrwirkung nicht. Die Feststellungen des Rentenversicherungsträgers zum gesundheitlichen Leistungsvermögen sind für die Beurteilung der subjektiven Verfügbarkeit nicht heranzuziehen. Da Arbeitslose nur zur Aufnahme von zumutbaren Beschäftigungen bereit sein müssen, sind Beschäftigungen, die die tatsächliche gesundheitliche Leistungsfähigkeit des Arbeitslosen übersteigen, nicht zumutbar. Zur Feststellung des Umfangs zumutbarer Arbeiten und zur Beurteilung der subjektiven Verfügbarkeit ist deshalb das tatsächliche Leistungsvermögen der Arbeitslosen festzustellen. Eine Bereitschaft zur Aufnahme von Beschäftigungen, zu denen der Arbeitslose objektiv nicht in der Lage ist, verlangt das Gesetz nicht. Erst die konkrete Feststellung des noch vorhandenen Leistungsvermögens bildet die Grundlage für die Beurteilung der Anspruchsvoraussetzung der subjektive Verfügbarkeit. Negative Auswirkungen auf seinen Alg-Anspruch ergeben sich aber dann, wenn der Arbeitslose sich der Arbeitsvermittlung nur unterhalb seiner tatsächlichen Leistungsfähigkeit zur Verfügung stellt (vgl. zum Vorstehenden: BSG, Urteil vom 09.09.1999 - [B 11 AL 13/99 R](#) - m.w.N.).

Letzteres trifft beim Kläger zu. Er hat sich ab dem 28.03.2003 der Arbeitsverwaltung nicht mehr mit seinem tatsächlichen Leistungsvermögen zur Verfügung gestellt. Dies steht zur Überzeugung des Senats aufgrund der im Rentenverfahren der Deutschen Rentenversicherung Baden-Württemberg und der im erst- und zweitinstanzlichen Gerichtsverfahren angestellten medizinischen Ermittlungen fest. Die Leistungsfähigkeit des Klägers ist durch Beschwerden der Wirbelsäule, hauptsächlich der Lendenwirbelsäule, limitiert. Diese bewirken, dass der Kläger seine letzte Tätigkeit als Metallbauer nur unter 3 Stunden ausüben kann. Nach den übereinstimmenden Bewertungen in den im Rentenverfahren eingeholten Gutachten des Dr. W. vom 16.10.2002, der D. P. vom 21.10.2002, des vom SG im Verfahren S 11 R 2846/03 eingeholten Gutachtens des Dr. Dr. S. vom 09.05.2005 und der sachverständigen Zeugenauskünfte der den Kläger behandelnden Ärzte Dr. F., Dr. K. und Dr. S. sowie des im Berufungsverfahren L 10 R 874/06 auf Antrag des Klägers gem. [§ 109 SGG](#) eingeholten Gutachtens von Prof. Dr. E. vom 27.10.2006, die der Senat im Wege des Urkundenbeweises verwertet, ist der Kläger aber wegen seines Wirbelsäulenleidens in seiner Leistungsfähigkeit nicht so weit eingeschränkt, dass er auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt leichte Tätigkeiten mit qualitativen Einschränkungen nicht mehr vollschichtig ausüben konnte. Dem entspricht im Wesentlichen auch das Gutachten des ärztlichen Dienstes der Beklagten vom 28.01.2003, Dr. H.-H. ... Der alleine davon abweichenden Ansicht des Internisten Dr. Pottschöck, auf die sich der Kläger bei der Vorsprache am 27.03.2003 unter Vorlage eines Attestes berufen hat, kann im Hinblick auf die Ergebnisse der genannten fachärztlichen Gutachten und die sonst eingeholten fachärztlichen Zeugenauskünfte nicht gefolgt werden.

Das Vorbringen des Klägers im vorliegenden Berufungsverfahren, die vom ärztlichen Dienst der Beklagten nach seiner Lendenwirbelsäulenoperation im September und Oktober 2004 attestierte Restleistungsfähigkeit habe im streitgegenständlichen Zeitraum nicht vorgelegen, trifft nicht zu. Dem steht die vom SG im Verfahren S 11 R 2846/03 eingeholte sachverständige Zeugenauskunft des den Kläger behandelnden Orthopäden Dr. S. vom 10.02.2004 entgegen, der bereits vor der Operation des Klägers ein Leistungsvermögen von unter 6 Stunden täglich nicht für gegeben erachtet hat. Auch Dr. K., bei dem sich der Kläger nach seiner Stellungnahme an das SG seit 21.11.2001 in ambulanter Behandlung befunden hat, hat hinsichtlich seiner Bewertung des Leistungsvermögens des Klägers nicht maßgeblich auf die stattgefundene Operation abgestellt. Weiter hat auch Prof. Dr. E. in seinem Gutachten vom 27.10.2006 eine relevante Verbesserung der Leistungsfähigkeit des Klägers durch die Operationen nicht bestätigt. Vielmehr hat er ausgeführt, dass die beim Kläger bestehenden Leistungseinschränkungen seit der Rentenantragstellung (am 09.09.2002) bestehen.

Schließlich kann der vom Kläger durch seinen Prozessbevollmächtigten im Termin am 22.06.2007 in den Vordergrund gerückten Berufungsbegründung, dass das Risiko, sich entgegen dem tatsächlich nicht vorhandenen Leistungsvermögen der Vermittlung der Beklagten zur Verfügung stellen zu müssen, bis zur abschließenden Klärung des Leistungsvermögens im Rentenverfahren nicht zu seinen Lasten gehen dürfe, es der Beklagten vielmehr verwehrt sei, zu verlangen sich Vermittlungsbemühungen zur Verfügung zu stellen, nicht gefolgt werden. Nach den oben dargestellten Grundsätzen kommt es für die Anwendbarkeit des [§ 125 SGB III](#) auf das tatsächliche Leistungsvermögen eines Arbeitslosen und nicht auf dessen eigene subjektive Einschätzung an. Eine subjektive Fehleinschätzung des Arbeitslosen, wie dies beim Kläger nach dem Ausgeführten zutrifft, geht zu seinen Lasten. Eine planwidrige Regelungslücke liegt nicht vor. Es kann nicht im Belieben des Arbeitslosen stehen, wie er seine Leistungsfähigkeit ohne ggf. negative Auswirkungen auf seinen Alg-Anspruch selbst einschätzt.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#). Das geringfügige Obsiegen des Klägers rechtfertigt es nicht, der Beklagten ganz oder teilweise außergerichtliche Kosten des Klägers beider Instanzen aufzuerlegen.

Gründe für die Zulassung der Revision liegen nicht vor. Dem Rechtsstreit kommt keine grundsätzliche Bedeutung zu. Die für die Entscheidung maßgeblichen Grundsätze, von denen der Senat nicht abweicht, sind obergerichtlich geklärt.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2007-10-23