

Soziale Absicherung bei Zusammentreffen von Arbeitslosigkeit und Krankheit

Udo Geiger

Die fünf Sozialleistungen: Arbeitslosengeld I (Alg I), Krankengeld, Übergangsgeld, Arbeitslosengeld II (Alg II) und Sozialhilfe verhindern einen Ausfall der sozialen Absicherung bei einem Zusammentreffen von Arbeitslosigkeit und Krankheit. Nicht immer ist jedoch das nahtlose Ineinandergreifen der einzelnen Leistungen gesichert oder klar, welche Leistung vorrangig beansprucht werden kann. Die dazu wichtigsten Fallkonstellationen, die häufig Gegenstand sozialgerichtlicher Auseinandersetzungen sind, werden im Folgenden näher dargestellt.

1. Krankengeld oder Arbeitslosengeld ?

Wird ein Arbeitnehmer wegen Kündigung oder Befristungsablauf arbeitslos, kann der Anspruch auf Krankengeld statt Alg I oder Alg II taggenau davon abhängen, wann die Arbeitsunfähigkeit (AU) ärztlich festgestellt wird.

1.1 Feststellung der Arbeitsunfähigkeit im laufenden Arbeitsverhältnis

Wird die AU noch während des letzten Arbeitsverhältnisses vor Eintritt der Arbeitslosigkeit festgestellt, steht dem Arbeitslosen ungeachtet der Beendigung des Arbeitsverhältnisses Krankengeld nach § 44 SGB V zu, solange die AU mit Anspruch auf Krankengeld fort dauert. Hierbei ist nach der Rechtsprechung des BSG darauf zu achten, dass die AU nahtlos vom behandelnden Arzt festgestellt und die AU-Bescheinigungen spätestens innerhalb einer Woche der Krankenkasse übersandt werden. Wird die AU nicht innerhalb dieser Frist gemeldet, ruht der Anspruch auf Krankengeld (§ 49 Abs. 1 Nr. 5 SGB V).

Es genügt nicht, wenn die AU z.B. am 26.5. bis zum 31.5.2008 (Samstag) bescheinigt wird, der Versicherte dann aber erst am Montag, den 2.6.2008 den Arzt zur Feststellung der Fortdauer der AU aufsucht, selbst wenn der Arzt rückwirkend ab 1.6.2008 AU bescheinigt oder für dieselbe Erkrankung eine Folgebescheinigung ab 1.6.2008 erstellt (BSG vom 26.6.2007 - B 1 KR 8/07 R; B 1 KR 2/07 R).

Tritt eine Lücke bei Feststellung der AU auf, endet die über das frühere Arbeitsverhältnis vermittelte und infolge des Krankengeldanspruchs nach § 192 Abs. 1 Nr. 2 SGB V fortbestehende Mitgliedschaft. Dies hat zur Folge, dass nur noch der nachwirkende Krankenversicherungsschutz nach § 19 SGB V greift. Er gibt längstens für die Dauer eines Monats nach Ende der Mitgliedschaft, im Beispielfall bis zum 30.6.2008, einen Anspruch auf Krankengeld, vorausgesetzt, es wurde zwischenzeitlich kein anderes Mitgliedschaftsverhältnis begründet, wozu auch die Familienversicherung nach § 10 SGB V gehört (§ 19 Abs. 2 Satz 2 SGB V).

Der Ausfall oder die Begrenzung des Krankengeldanspruchs kann nur dann mit Alg I aufgefangen werden, wenn sich die AU-Feststellung nur auf die krankheitsbedingte Unfähigkeit zur Verrichtung der zuletzt geschuldeten Arbeitsleistung bezieht, im Übrigen aber ein für mehr als kurzzeitige Beschäftigungen (mindestens 15 Stunden wöchentlich) zu regulären Arbeitsmarktbedingungen ausreichendes Leistungsvermögen besteht. Der Anspruch auf Alg I setzt allerdings voraus, dass sich der Arbeitslose **persönlich** bei der AA arbeitslos gemeldet und sich dem Arbeitsmarkt im Rahmen seines Restleistungsvermögens zur Verfügung gestellt hat. Rückwirkend, nach Ablehnung der Fortzahlung von Krankengeld, kann Alg I nicht beantragt werden. Die Vorschrift des § 28 SGB X gilt wegen des Erfordernisses der persönlichen Arbeitslosmeldung nach § 122 SGB III im Arbeitslosenversicherungsrecht nicht. Als Auffangleistung bleibt in diesem Fall nur das Alg II übrig, das zwar auch erst ab Antragstellung erbracht werden kann (§ 37 SGB II), hier kommt dem Arbeitslosen aber die Vorschrift des § 28 SGB X zugute, wenn er spätestens innerhalb eines Monats nach bestandkräftiger Ablehnung des Krankengeldes Alg II beantragt (§ 40 Abs. 3 SGB II) und nachweisen kann, dass auch in der Vergangenheit Hilfebedürftigkeit vorlag.

Auch dann bleibt bei Lücken der AU-Feststellung im Nachgang einer auf dem letzten Arbeitsverhältnis beruhenden Mitgliedschaft nur die Auffangleistung Alg II übrig, wenn AU i.S. von § 2 Abs. 3 der AU-Richtlinien besteht, d.h., wenn der Arbeitslose krankheitsbedingt außerstande ist, leichte Arbeiten in einem zeitlichen Umfang zu verrichten, für den er sich bei der AA zur Verfügung gestellt hat bzw. zumindest stellen muss. Ein Anspruch auf Kranken-Alg I nach § 126 SGB III greift nicht, da die AU nicht »während des Bezugs« von Alg I eingetreten ist (zum Fall einer nicht nur vorübergehenden AU s. u. 4.).

1.2 Feststellung der Arbeitsunfähigkeit im Zeitpunkt des Eintritts von Arbeitslosigkeit

Wird AU i.S. von § 2 Abs. 3 der AU-Richtlinien am Tag der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, d.h. am Ende der Mitgliedschaft nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V festgestellt, kann Krankengeld nach § 46 Satz 1 Nr. 2 SGB V erst ab dem Folgetag beansprucht werden (BSG vom 26.6.2007 -B 1 KR 8/07 R). Dies hat zur Folge, dass die auf § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V beruhende Mitgliedschaft nicht fortgilt, sondern allenfalls ein nachwirkender

Krankengeldanspruch über § 19 SGB V besteht, sofern keine andere Mitgliedschaft, z.B. eine Familienversicherung nach § 10 SGB V, begründet wurde. Alg I kann trotz persönlicher Arbeitslosmeldung im Anschluss an den Arztbesuch auch für die Dauer von 6 Wochen (Kranken-Alg I nach § 126 SGB III) nicht beansprucht werden, da die AU nicht »während des Bezugs« von Alg I eingetreten ist.

Dasselbe gilt, wenn der Alg I-Bezug durch eine der AA gemeldete, weniger als 6 Wochen dauernde Beschäftigung unterbrochen war (in diesem Fall erlischt die persönliche Arbeitslosmeldung nicht), die AU aber schon am Tag der Beendigung der Beschäftigung festgestellt wird. Für ein automatisches Wiederaufleben der ursprünglichen Alg I-Bewilligung fehlt es an der Verfügbarkeit, § 126 SGB III kommt nicht zum Zug, da die Erkrankung nicht im laufenden Leistungsbezug eingetreten ist. Bei Hilfebedürftigkeit bleibt in den genannten Fällen nur die Auffangleistung des Alg II.

1.3 Feststellung der Arbeitsunfähigkeit bei ruhendem Alg I-Anspruch

Im SGB III wird zwischen dem Stammrecht auf Alg I und dem Auszahlungsanspruch unterschieden. So kann mit Ende einer Beschäftigung, persönlicher Arbeitslosmeldung und Verfügbarkeit für den Arbeitsmarkt zwar der Alg I-Anspruch dem Grund nach entstehen, die Bewilligung der Leistung jedoch ruhen, sei es wegen Zahlung einer Abfindung oder Urlaubsabgeltung oder weil eine Sperrzeit nach § 144 SGB III eingetreten ist. Wird in diesen Fällen AU im Zeitraum des ruhenden Alg I-Anspruchs festgestellt, besteht mangels Leistungs»bezug« bei Eintritt der Erkrankung kein Anspruch auf Kranken-Alg I nach § 126 SGB III, auch nicht nach Ablauf des Ruhenszeitraums.

Krankengeld nach § 44 SGB V gibt es nur für krankenversicherte Personen, also erst dann, wenn Alg I bezogen (= Mitgliedschaft nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 SGB V) oder trotz Ruhens Versicherungsschutz gewährt wird. Das ist bei Sperrzeiten nach § 144 SGB III oder einem Ruhen wegen Anspruch auf eine Urlaubsabgeltung erst ab Beginn des zweiten Monats des Ruhenszeitraums in § 5 Abs. 1 Nr. 2 SGB V angeordnet worden.

Allenfalls mit Alg II zu stopfende Lücken bei der Gewährung von Entgeltersatzleistungen können demnach entstehen, wenn im ersten Ruhensmonat AU i.S. von § 2 Abs. 3 der AU-Richtlinien eintritt. Der nachwirkende Krankenversicherungsschutz nach § 19 SGB V gibt dann im Fall einer Familienversicherung gar keinen Krankengeldanspruch und ist sonst auf längstens einen Monat nach Beendigung der KV-Mitgliedschaft begrenzt.

Beispiel:

R. wird zum 31.5.2008 betriebsbedingt gekündigt. Er hat Anspruch auf eine Urlaubsabgeltung, die einen Urlaubsanspruch bis 3.6.2008 entschädigt. R. meldet sich am 15.5.2008 zum 1.6.2008 arbeitslos und beantragt Alg I. Am 2.6. stellt ein Arzt AU fest, die bis zum 12.8.2008 andauert.

Hier hat R. nur Anspruch auf Krankengeld nach § 19 SGBV bis zum 30.6.2008. Die restliche Zeit bis zum 13.8.2008 muss er notfalls mit Alg II überbrücken. Alg I steht ihm mangels Verfügbarkeit nicht zu, Krankengeld erhält er nicht, weil ihn die Erkrankung als Nichtversicherten ereilt hatte.

Tritt die Erkrankung im zweiten Ruhensmonat ein, gibt es Krankengeld in Höhe des Alg I (§ 47b SGB V), da nun die Mitgliedschaft wegen Anspruch auf Alg I den Umfang des Versicherungsschutzes bestimmt. Im Fall einer Sperrzeit ruht allerdings auch das Krankengeld bis zum Ablauf der Sperrzeit (§ 49 Abs. 1 Nr. 3a SGB V). Bei Hilfebedürftigkeit bleibt hier nur das nach § 31 SGB II abgesenkte Alg II.

2. Rückwirkendes Krankengeld statt Alg I

Hat sich der Arbeitslose, dem zunächst im Anschluss an ein beendetes Arbeitsverhältnis Krankengeld bewilligt worden war, auf Druck der Krankenkasse oder nach ärztlicher Gesundheitschreibung arbeitslos gemeldet und Alg I beantragt, ist ein evt. Anspruch auf Krankengeld trotz Alg I-Bezug nicht ausgeschlossen. Seine Durchsetzung ist jedoch von sehr unterschiedlichen Voraussetzungen abhängig, je nachdem, ob parallel zum Alg I-Bezug ein Streit gegen die Krankenkasse auf Weiterzahlung von Krankengeld geführt wird oder erst anlässlich einer erneuten AU-Feststellung im laufenden Alg I-Bezug geltend gemacht wird, es habe durchgehend seit Einstellung des Krankengeldes AU bestanden.

2.1 Rückwirkendes Krankengeld bei laufendem Streit gegen die Krankenkasse

Verfolgt der Betroffene gegen anderslautende MDK-Gutachten oder Arztberichte einen Anspruch auf Krankengeld auf der Grundlage **nahtloser** AU-Bescheinigungen seiner behandelnden Ärzte weiter, kann er sich

zur sozialen Absicherung trotzdem arbeitslos melden und Alg I beantragen, wenn die AU nur die Feststellung enthält, dass die im letzten Arbeitsverhältnis zu leistende Tätigkeit krankheitsbedingt nicht erbracht werden kann, ansonsten aber Arbeitsfähigkeit für mehr als kurzzeitige Beschäftigungen auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt besteht. Sollte sich dann im weiteren Verlauf erweisen, dass tatsächlich AU bzgl. der letzten Arbeitstätigkeit vorliegt, kann das in der Regel höhere Krankengeld rückwirkend in Höhe des Differenzbetrages zum Alg I beansprucht werden. Die Ruhensvorschrift des § 49 Abs. 1 Nr. 3a SGB V wird in diesem Fall von der Ruhensvorschrift des § 142 Abs. 1 Nr. 2 SGB III verdrängt (BSG vom 14.12.2006 - B 1 KR 6/06 R).

2.2 Rückwirkendes Krankengeld bei nachträglicher Feststellung durchgehender AU

Wesentlich schwieriger ist die Durchsetzung des Krankengeldanspruchs, wenn der Arbeitslose zunächst die ärztliche Gesundheitschreibung akzeptiert und sich deshalb ohne weitere Krankschreibung arbeitslos meldet und Alg I beantragt. Stellt sich dann erst im Rahmen einer späteren, erneuten AU-Feststellung im laufenden Alg I-Bezug heraus, dass tatsächlich durchgehend seit Einstellung der Krankengeldzahlung AU bzgl. der letzten Arbeitstätigkeit bestand, kann nur unter ganz eng begrenzten Voraussetzungen von dem Erfordernis einer nahtlosen Kette von AU-Bescheinigungen abgesehen werden. Das BSG (Urteil vom 8.11.2005 - B 1 KR 30/04 R) hat für eine solche Rückabwicklung sehr hohe Hürden aufgestellt:

- Der Versicherte muss alles in seiner Macht Stehende und ihm Zumutbare getan haben, um seinen Krankengeld-Anspruch zu wahren (Mitwirkung bei ärztlichen Gutachten, Geltendmachung abweichender Beurteilungen, Vorlage aller evtl. erheblichen Unterlagen)
- Der Versicherte muss auf die von der Krankenkasse zu vertretende Fehlentscheidung vertraut haben (z.B. wegen einheitlicher Fehlbeurteilung der AU sowohl durch den behandelnden Arzt als auch den MDK)
- Der Versicherte muss seine Rechte bei der Krankenkasse unverzüglich, spätestens innerhalb der zeitlichen Grenzen des § 49 Abs. 1 Nr. 5 SGB V, nach Erlangung der Kenntnis von dem Fehler geltend machen.

Nur unter diesen engen Voraussetzungen kann die Unrichtigkeit der ärztlichen Beurteilung ggf. auch durch die nachträgliche Einschätzung eines anderen ärztlichen Gutachters nachgewiesen werden und der Versicherte ausnahmsweise rückwirkend Krankengeld beanspruchen. Eine absolute 4-Jahres-Grenze der rückwirkenden Geltendmachung setzt § 44 SGB X, der auch im SGB V gilt.

3. Krankengeld statt Alg II

Der Bezug von Alg II vermittelt zwar eine Pflichtversicherung nach § 5 Abs. 1 Nr. 2a SGB V, anders als beim Bezug von Alg I begründet diese aber keinen Anspruch auf Krankengeld. Das ist insofern konsequent, als es Alg II auch bei schwerer Erkrankung so lange gibt, bis unstreitig eine nicht nur vorübergehende, d.h. länger als 6 Monate dauernde AU im Umfang voller Erwerbsminderung festgestellt wird oder eine Krankenhausbehandlung zu stationären Bedingungen über 6 Monate hinaus erforderlich ist (§ 7 Abs. 4 SGB II). Krankengeld für hilfebedürftige Arbeitslose kann es somit nur geben, wenn die Feststellung der AU in den Zeitraum einer Krankenkassen-Mitgliedschaft mit Krankengeldansprüchen fällt. Das ist im Grundsatz selbstverständlich, aber in zwei Fallgestaltungen nicht so offenkundig, dass sie nicht einer besonderen Erwähnung bedürfen.

3.1 Fortdauer der AU bei Erschöpfung des Alg I-Anspruchs

Nach ständiger Rechtsprechung des BSG bestimmt das bei Feststellung einer Erkrankung gegebene Mitgliedschaftsverhältnis, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang Anspruch auf Krankengeld besteht (vgl. z.B. BSG vom 26.6.2007 - B 1 KR 8/07 R; B 1 KR 19/06 R). Bei einer über den Alg I-Bezug vermittelten Mitgliedschaft nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 SGB V gibt es daher Krankengeld in Höhe des zuletzt bezogenen Alg I (§ 47b Abs. 1 SGB V), wenn die Erkrankung im Umfang einer AU nach § 2 Abs. 3 der AU-Richtlinien über den Zeitraum hinaus andauert, zu dem das Kranken-Alg I nach § 126 SGB III bezogen werden kann (längstens 6 Wochen). Dieser Anspruch auf der Grundlage der nach § 192 Abs. 1 Nr. 2 SGB V fortgeltenden Mitgliedschaft bleibt erhalten, solange die AU nahtlos fort dauert und der Anspruch auf Krankengeld geht (§ 48 SGB V).

Nichts anderes kann gelten, wenn im Zeitraum des Bezugs von Kranken-Alg I nach § 126 SGB III der Alg I-Anspruch wegen Erschöpfung der Anspruchsdauer endet. Auch dann erfolgt kein Wechsel ins Alg II, sondern besteht Anspruch auf Krankengeld nach § 44 SGB V in Höhe des Alg I. Dies hat das BSG jüngst zum Fall eines Wechsels vom Alg I zur Arbeitslosenhilfe entschieden (Urteil vom 2.11.2007 - B 1 KR 12/07 R). Es ist kein Grund dafür ersichtlich, warum dies für die Rechtslage nach Ersetzung der Arbeitslosenhilfe durch das Alg II anders sein sollte. Solange § 192 Abs. 1 Nr. 2 SGB V eingreift, besteht der ursprüngliche versicherungsrechtliche Status bzw. die Mitgliedschaft aufgrund des Alg I-Bezugs uneingeschränkt fort und ist

für Erwägungen zum Entgeltausfallprinzip kein Raum, ähnlich wie bei einem während laufender Kündigung arbeitsunfähig erkrankenden Beschäftigten für die Zeit nach Ende des Beschäftigungsverhältnisses.

Da § 47b SGB V anders als § 46 Satz 1 Nr. 2 SGB V bereits am Tag der ärztlichen Feststellung von AU einen Krankengeldanspruch gibt, besteht ein Anspruch auf Krankengeld statt Alg II auch dann, wenn erst am letzten Tag des Bezugs von Alg I AU festgestellt wird.

Zur Erhaltung der Mitgliedschaft aufgrund des vorangegangenen Alg I-Bezugs ist auf **lückenlose** AU-Bescheinigungen und die 1-wöchige Meldefrist bei der Krankenkasse zu achten, auch wenn die Krankenkasse im Hinblick auf eine zu dieser Rechtsfrage noch anhängige Revision (B 1 KR 37/07 R) die Zahlung von Krankengeld verweigert.

3.2 Feststellung von AU nach Beendigung einer Reha-Maßnahme

Alg II-Bezieher, die die rentenversicherungsrechtlichen Voraussetzungen für eine **berufliche** Reha-Maßnahme (Teilhabe am Arbeitsleben) nach § 11 Abs. 1 SGB VI erfüllen, erhalten Übergangsgeld statt Alg II. Damit münden sie in eine Krankenkassen-Mitgliedschaft mit Ansprüchen auf Krankengeld ein (§ 5 Abs. 1 Nr. 6 SGB V). Wird daher während der Reha oder am letzten Tag der Reha-Maßnahme AU festgestellt, erhalten sie folglich Krankengeld - nach § 46 Satz 1 Nr. 1 SGB V vom Beginn der AU-Feststellung an - statt Alg II, sofern kein Tatbestand für eine Weiterzahlung des Übergangsgeldes nach § 51 SGB IX vorliegt.

Im Fall einer **medizinischen** Reha-Maßnahme nach § 11 Abs. 2 SGB VI erhalten Alg II-Bezieher aufgrund der Regelung des § 25 SGB II zunächst immer Alg II unter Anmeldung eines evt. Erstattungsanspruchs weitergezahlt. Aber auch wenn sie Anspruch auf Übergangsgeld statt Alg II haben - wenn vor dem Alg II-Bezug Rentenversicherungsbeiträge aus Arbeitsentgelt oder Arbeitseinkommen abgeführt wurden (§ 20 Satz 1 Nr. 3 b) SGB VI) -, steht ihnen bei Fortdauer der AU nach Beendigung der Reha-Maßnahme kein Krankengeld zu, da die Alg II-Mitgliedschaft nach § 5 Abs. 1 Nr. 2a SGB V für die Dauer des Übergangsgeld-Bezuges fortbesteht (§ 192 Abs. 1 Nr. 3 SGB V).

4. Arbeitslosengeld bei nicht nur vorübergehender Erkrankung

Obwohl zu § 105a AFG, der Vorläuferregelung des § 125 SGB III, eine Reihe wegweisender BSG-Entscheidungen ergangen sind, ist die Verwaltungspraxis nach wie vor von einer hohen Rechtsunsicherheit geprägt; das betrifft sowohl stereotype Fehlentscheidungen der AA als auch leistungsschädliche Erklärungen bzw. Verhaltensweisen der Versicherten.

4.1 Normzweck der Nahtlos-Regelung des § 125 SGB III

Nach § 125 Abs. 1 Satz 1 SGB III hat Anspruch auf Alg I auch, wer **allein** 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 i.S. der gesetzlichen Rentenversicherung nicht positiv festgestellt worden ist. Die Feststellung, ob verminderte Erwerbsfähigkeit vorliegt, ist durch § 125 Abs. 1 Satz 2 SGB III dem zuständigen Träger der gesetzlichen Rentenversicherung vorbehalten. Solange eine solche Feststellung aussteht, entfaltet die Nahtlosigkeitsregelung zum Schutz des Versicherten vor einer unterschiedlichen Beurteilung seiner Leistungsfähigkeit durch die AA einerseits und den Rentenversicherungsträger andererseits eine sog. Sperrwirkung, die es der AA verwehrt, die Gewährung von Alg I mit der Begründung mangelnder objektiver Verfügbarkeit des Versicherten abzulehnen.

Die Regelung des § 125 SGB III betrifft danach nur die Beziehungen zwischen dem Versicherten und der BA sowie dem Rentenversicherungsträger, indem sie bei länger dauernden, die objektive Verfügbarkeit ausschließenden Erkrankungen das Leistungsrisiko zwischen Arbeitslosenversicherung und gesetzlicher Rentenversicherung abgrenzt. Dagegen kann sich die Krankenkasse dem Versicherten gegenüber nicht auf § 125 SGB III in dem Sinne berufen, dass bei Feststellung einer nicht nur vorübergehenden AU, die mehr als kurzzeitige Beschäftigungen zu üblichen Arbeitsmarktbedingungen ausschließt, wegen der Fiktion ausreichender Leistungsfähigkeit nach § 125 SGB III das Nahtlos-Alg I dem Krankengeld vorgehe (BSG vom 3.6.2004 - B 11 AL 55/03 R). Solange also noch Anspruch auf Krankengeld besteht, kommt die Regelung des § 125 SGB III nicht zum Zug.

Der Versicherte kann dieses Vorrangverhältnis nicht durch Verzicht auf das Krankengeld - etwa zur Erhaltung eines vom Erlöschen nach § 147 SGB III bedrohten Alg I-Anspruchs oder zur Sicherung einer Übergangsregelung - umgehen (vgl. BSG vom 3.5.2005 - B 7a/7 AL 40/04 R).

4.2 Leistungsvoraussetzungen für das Nahtlos-Alg I

Wie dem vorstehenden Abschnitt zu entnehmen ist, fingiert § 125 SGB III lediglich die objektive Verfügbarkeit; die übrigen Leistungsvoraussetzungen der §§ 117 ff SGB III müssen zur Leistungsgewährung von Nahtlos-Alg I erfüllt sein, insbesondere die subjektive Verfügbarkeit.

Eine Erleichterung gibt es aber bei der persönlichen Arbeitslosmeldung. Sie kann bei schwerer Erkrankung des Arbeitslosen auch durch einen Vertreter erfolgen. Ungeklärt ist bislang, ob der Vertreter persönlich die AA aufsuchen muss (vgl. LSG NRW vom 28.2.2007 - L 1 B 6/07 R). Wenn möglich, sollte dies vorsorglich geschehen, es spricht aber viel dafür, eine schriftliche Arbeitslosmeldung und Antragstellung ausreichen zu lassen. Denn § 125 Abs. 1 Satz 4 SGB III verpflichtet den Betroffenen, unverzüglich nach Besserung seines Gesundheitszustandes persönlich bei der AA vorzusprechen.

4.3 Prüfung der Verfügbarkeit durch die AA

Die in § 125 Abs. 1 Satz 2 SGB III dem Rentenversicherungsträger vorbehaltene Feststellung verminderter Erwerbsfähigkeit wird oft dahingehend missverstanden, dass die AA nicht befugt sei, durch Einschaltung des ärztlichen Dienstes die objektive Verfügbarkeit abzuklären. Dazu ist die AA nach BSG-Rechtsprechung (Urteil vom 9.9.1999 - B 11 AL 13/99 R) jedoch sogar verpflichtet, weil sie über den Alg I-Anspruch in eigener Zuständigkeit zu befinden hat.

Stellt sie dabei ein noch ausreichendes Leistungsvermögen fest, liegt ein regulärer Leistungsfall mit einem ggf. verminderten Bemessungsentgelt nach § 131 Abs. 5 SGB III vor. Da der Arbeitslose verpflichtet ist, sich im Rahmen seiner Restleistungsfähigkeit dem Arbeitsmarkt zur Verfügung zu stellen, muss er zur Erhaltung seines Alg I-Anspruchs die in solchen Fällen anlässlich der Besprechung des Gutachtens vorgelegte Verfügbarkeitserklärung unterschreiben. Er kann dies unbeschadet eines weiterverfolgten Rentenantrags tun. Der Rentenversicherungsträger kann diese Erklärung bzw. den Bezug von Alg I außerhalb der Nahtlosregelung nicht gegen den Rentenanspruch verwenden.

Verweigert der Arbeitslose die Unterschrift unter die Verfügbarkeitserklärung, riskiert er den Verlust seines Alg I-Anspruchs, wenn letztlich auch der Rentenversicherungsträger oder ggf. das Sozialgericht ein Restleistungsvermögen oberhalb der Kurzzeitigkeitsgrenze des § 118 SGB III feststellen.

Gelangt der Gutachter der AA zu dem Ergebnis, dass die objektive Verfügbarkeit »nur« für die Dauer **bis** zu sechs Monaten aufgehoben ist, kommt die Nahtlosregelung des § 125 SGB III nicht zum Zug. Alg I ist längsten für 6 Wochen nach § 126 SGB III zu zahlen. Um die in 4.1 dargestellte Sperrwirkung nicht zu unterlaufen, ist ein solches Ergebnis aber nur vertretbar, wenn die Wiederherstellung der Leistungsfähigkeit innerhalb der nächsten sechs Monate **zweifelsfrei** feststeht. Das ist im Regelfall einer Aussteuerung bei der Krankenkasse (78 Wochen Krankengeldbezug) nicht begründbar, vor allem, wenn die dem Krankengeldbezug zugrunde liegende AU erkennen lässt, dass auch leichte Arbeiten im Umfang von mehr als 15 Stunden wöchentlich nicht mehr verrichtet werden konnten und mit einem Rentenantrag Erwerbsminderung geltend gemacht wird (vgl. dazu den Beschluss des SG Berlin in diesem Heft, S. 71).

Wurde dem Betroffenen im laufenden Rentenverfahren eine Reha-Maßnahme angeboten, kann daraus nicht auf eine nur vorübergehende Aufhebung des Leistungsvermögens geschlossen werden; der Ausgang der Reha-Maßnahme ist ja noch völlig offen. Das BSG hat sogar im Fall einer stufenweisen Wiedereingliederung nach § 28 SGB IX einen Anspruch auf Nahtlos-Alg I bejaht, obwohl einer solche Maßnahme die ärztliche Feststellung zugrunde liegt, dass die Arbeitsfähigkeit zum Teil noch besteht und voraussichtlich voll wiederhergestellt werden kann. Ansonsten drohe der Schutz der Nahtlosregelung gerade dann auszufallen, wenn der Erkrankte Anstrengungen zur Überwindung seiner Arbeitsunfähigkeit unternahme (Urteil vom 21.3.2007 - B 11a AL 31/06 R).

4.4 Vorlage von AU-Bescheinigungen

Legt der Arbeitslose ungeachtet der gutachtlichen Feststellungen der AA, dass ein noch ausreichendes Leistungsvermögen besteht, nach den Vorgaben der AU-Richtlinien (§ 2 Abs. 3) erstellte AU-Bescheinigungen vor, stehen diese in Widerspruch zum ärztlichen Gutachten. Oft stellen die AA dann die Weiterzahlung des Alg I

mit der Begründung fehlender Verfügbarkeit ein. Das ist unrichtig, wenn damit die **objektive Verfügbarkeit** gemeint ist. Denn insoweit greift bei laufendem Rentenverfahren die in 4.1 erläuterte Sperrwirkung.

Die Leistungseinstellung kann jedoch wegen Wegfall der **subjektiven Verfügbarkeit** (fehlende Bereitschaft, im Rahmen der vom Gutachter festgestellten Restleistungsfähigkeit Arbeit zu suchen und sich vermitteln zu lassen) zutreffend sein. Eine unzureichende subjektive Verfügbarkeit kann der Vorlage der AU-Bescheinigung aber erst dann beigemessen werden, wenn der Betroffenen trotz Hinweis auf die Rechtslage oder Zugang eines Aufhebungsbescheides darauf beharrt, wegen der (gegen das Gutachten) bescheinigten AU nicht arbeiten zu können.

Ein Hinweis auf die Rechtslage vor Einstellung der Leistung ist insbesondere dann erforderlich, wenn erkennbar ist, dass die AU-Bescheinigung nur aus Sorge um den Verlust eines evtl. Rentenanspruchs oder in irrtümlicher Annahme einer Bescheinigungspflicht nach § 311 SGB III vorgelegt wurde.

Eine Bescheinigungspflicht nach § 311 SGB III besteht in den Fällen eines durch Gutachten ermittelten Leistungsvermögens nur, wenn die AU-Bescheinigung eine Verschlechterung des Gesundheitszustandes oder den Hinzutritt einer neuen Erkrankung anzeigt. Dann ist abzuklären, ob dadurch ein Nahtlosfall nach § 125 SGB III eingetreten ist, oder es wird ein sechswöchiger Fortzahlungsanspruch nach § 126 SGB III ausgelöst, der bei länger dauernder AU zu einem Wechsel ins Alg II zwingt, da der Krankengeldanspruch ja erschöpft ist. Anders liegt der Fall, wenn der Betroffene in einem noch ungekündigten, aber wegen der Erkrankung ruhenden Arbeitsverhältnis steht. Hier könnte sich die AU-Bescheinigung nur auf die Unfähigkeit zur Verrichtung dieser arbeitsvertraglich geschuldeten Tätigkeit beziehen. Vor einer Leistungseinstellung ist dann zu klären, ob die AU-Bescheinigung diesen Inhalt hat und lediglich in der Annahme übersandt wurde, dazu nach § 311 SGB III verpflichtet zu sein.

4.5 Feststellungen des Rentenversicherungsträgers

Der Schutzzweck der Nahtlosregelung endet, wenn der Rentenversicherungsträger volle Erwerbsminderung festgestellt hat. Dabei kommt es nicht auf die Art der Feststellung oder die Erfüllung der rentenversicherungsrechtlichen Wartezeit (Anspruch auf eine EM-Rente) an. Es genügt eine formlose Mitteilung des Rentenversicherungsträgers an die AA (BSG vom 12.6.1992 - 11 RAr 35/91). Die Einstellung des Alg I-Bezugs gegenüber dem Arbeitslosen muss aber durch Bescheid ergehen. Wird der Arbeitslose erstmals durch Zugang des Rentenbescheides über die Feststellung des Rentenversicherungsträgers in Kenntnis gesetzt, kann die Alg I-Bewilligung frühestens ab diesem Zeitpunkt aufgehoben werden.

Wird eine Rente gewährt, sind die deckungsgleichen Leistungszeiträume von Alg I und Rente **ausschließlich** im Verhältnis der Versicherungsträger untereinander nach § 125 Abs. 3 SGB III i.V.m. § 103 SGB X abzuwickeln. Das gezahlte Alg I gilt als vorweggezahlte Rente (§ 107 SGB X). Soweit der Erstattungsanspruch erfüllt wurde, entfällt die Minderung des Alg I-Anspruchs nach § 128 Abs. 1 Nr. 1 SGB III (vgl. BSG vom 23.7.1998 - B 11 AL 97/97 R). Dies hat Bedeutung für einen evtl. Neuanspruch oder eine Wiederbewilligung, wenn - wie üblich - nur eine befristete EM-Rente zuerkannt wurde, nach deren Ablauf Arbeitslosigkeit eintritt.

Bei Ablauf einer EM-Rente auf Zeit endet die Ausschlusswirkung der positiven Rentenfeststellung für einen Nahtlos-Alg I-Anspruch. Wird ein Verfahren auf Verlängerung der EM-Rente betrieben, kann der Zeitraum bis zur Entscheidung über den Antrag auf Fortzahlung der Rente daher mit einem neuen Nahtlos-Verfahren nach § 125 SGB III überbrückt werden. Ging der befristeten EM-Rente **unmittelbar** ein Alg I-Bezug voraus, ist infolge des Rentenbezugs ein neuer Alg I-Anspruch entstanden (§ 26 Abs. 2 Nr. 3 SGB III), wenn die Rente mindestens 12 Monate gezahlt wurde.

Keine wesentliche Änderung i.S. des § 48 SGB X für die Beendigung einer Nahtlos-Alg I-Bewilligung stellt dagegen die Feststellung des Rentenversicherungsträgers dar, dass noch keine volle Erwerbsminderung eingetreten ist. Die AA ist weder an diese Feststellung gebunden noch daran gehindert, weiterhin einen Nahtlosfall nach § 125 SGB III anzunehmen. Dies wird gegen ständige Rechtsprechung des BSG (vgl. z.B. Urteil vom 21.3.2007 - B 11a AL 31/06 R) immer wieder von AA behauptet und führt zu fehlerhaften Leistungseinstellungen oder -ablehnungen. Die Wirkung einer negativen Rentenfeststellung liegt nur darin, dass die AA auf der Grundlage der vom Rentenversicherungsträger eingeholten Gutachten und Befundberichte in eigener Prüfung zu dem Ergebnis gelangen kann, dass wegen einer noch ausreichenden Leistungsfähigkeit kein Nahtlosfall vorliegt. Die Bewilligung ist dann mit Wirkung für die Zukunft (nach Zugang des entsprechenden Bescheides) auf einen regulären Leistungsfall umzustellen. Ob der Rentenablehnungsbescheid bestandskräftig geworden ist oder angefochten wird, spielt keine Rolle.

Dasselbe gilt in dem Fall, dass schon zum Zeitpunkt der erstmaligen Arbeitslosmeldung ein negativer Rentenbescheid vorliegt. Der Arbeitslose hat auch dann Anspruch auf Prüfung eines Leistungsfalls nach § 125 SGB III. Fügt er seinem Alg I-Antrag eine AU-Bescheinigung bei, besagt das bis zur Einholung eines Gutachtens nur, dass er diese Form der Leistungsbewilligung geltend macht. Ohne gutachtliche Feststellung, die auch in Form eines Aktenlagengutachtens unter Beiziehung der Rentenunterlagen ergehen kann, darf Alg I nicht abgelehnt werden. Allerdings ist es zulässig, zunächst eine vorläufige Bewilligung nach § 328 SGB III zu verfügen, um eine Leistungsüberzahlung zu verhindern, falls nach Feststellung des Gutachters nur ein vermindertes Bemessungsentgelt nach §131 Abs. 5 SGB III zusteht.

4.6 Schutzlücke bei Erwerbsminderungsrenten auf Zeit

Nach § 102 Abs. 2 SGB VI wird die Erwerbsminderungsrente in der Regel auf Zeit bewilligt. Die Rente wird daher nicht vor Beginn des siebten Kalendermonats nach dem vom Gutachter festgestellten Eintritt der Erwerbsminderung gezahlt (§ 101 Abs. 1 SGB VI). Hierdurch kann es zu Lücken bei der Gewährung von Alg I kommen, da der Nahtlos-Fall endet, sobald der Rentenversicherungsträger der AA das Ergebnis seiner Feststellung mitgeteilt hat.

Die AA ist zwar nicht an diese Feststellung gebunden, sie kann und wird sich jedoch das Ergebnis der Rentenversicherungsgutachten zu eigen machen. Der Betroffene wird die von ihm angestrebte Feststellung der Erwerbsminderung allenfalls dahingehend beanstanden, dass der Rentenfall bereits früher eingetreten sei.

Der Zeitraum zwischen der Einstellung des Nahtlos-Alg I und dem Rentenzahlbeginn ist bei Hilfebedürftigkeit für Alleinstehende mit Sozialhilfe nach dem 3. Kapitel SGB XII (Hilfe zum Lebensunterhalt) zu überbrücken, für Mitglieder einer Bedarfsgemeinschaft nach § 7 SGB II mit Sozialgeld nach § 28 SGB II, das der Sozialhilfe nach dem 3. Kapitel vorgeht.

Zur Überbrückung des ersten Rentenzahlmonats - SGB II- oder SGB XII-Leistungen werden vorschüssig, die Rente dagegen erst zum Monatsende ausgezahlt - kommt für Sozialgeldbezieher ein Darlehen nach § 23 Abs. 4 SGB II, für Sozialhilfeempfänger ein Darlehen nach § 37 SGB XII (SG Berlin vom 24.1.2006 - S 78 SO 128/06 ER) in Betracht.

Ist die Gewährung regulärer SGB II/SGB XII-Leistungen wegen vorhandenen Vermögens zweifelhaft, kann der nur kurze Leistungszeitraum eine besondere Härte des Vermögenseinsatzes gemäß § 12 Abs. 3 Nr. 6 SGB II oder § 90 Abs. 3 SGB XII begründen. Kann das Vermögen nicht kurzfristig zu Geld gemacht werden, ist die Zeit bis zum Rentenzahlbeginn mit einem Darlehen nach § 23 Abs. 5 SGB II oder § 91 SGB XII zu überbrücken.

Ist die Festlegung des medizinischen Rentenbeginns fragwürdig (s. dazu LSG Baden-Württemberg vom 19.5.2005 -L 12 AL 2581/04), kann ausnahmsweise eine einstweilige Anordnung auf Zuerkennung einer EM-Rente mit früherem Zahlbeginn Hilfe bringen.

4.7 Auffang/Ergänzungsleistungen nach dem SGB II oder SGB XII?

Endet der Nahtlos-Fall wegen Ausschöpfung der Alg I-Anspruchsdauer, ohne dass schon eine positive Feststellung des Rentenversicherungsträgers ergangen ist, muss bei Hilfebedürftigkeit Alg II statt Sozialhilfe beantragt werden. Dies ergibt sich aus § 44a SGB II, wonach zunächst und so lange Alg II zu zahlen ist, bis der SGB II-Träger ohne Widerspruch der in § 44a genannten anderen Sozialleistungsträger volle und nicht nur vorübergehende Erwerbsminderung festgestellt hat. An die Feststellungen des ärztlichen Dienstes der AA ist der SGB II-Träger nicht gebunden.

Dieser Vorrang des Alg II gegenüber der Sozialhilfe sichert einen evtl. Anspruch auf den Zuschlag nach § 24 SGB II.

Schließt sich der SGB II-Träger in eigener Prüfung des Leistungsfalls der sozialmedizinischen Beurteilung der AA an (länger als 6 Monate währende Leistungsunfähigkeit für reguläre Arbeit im Umfang von mehr als 15 Stunden wöchentlich), ist fraglich, ob wegen der über § 125 SGB III angeordneten Fiktion ausreichender Erwerbsfähigkeit dennoch Alg II statt Sozialhilfe nach dem SGB XII zu gewähren ist.

In der Praxis dürfte dies kaum eine Rolle spielen, da der SGB II-Träger den SGB XII-Träger vor einer Abgabe des Leistungsfall in die Entscheidung einbeziehen muss (BSG vom 7.11.2006 - B 7b AS 10/06 R) und der SGB XII-Träger vor der anstehenden Feststellung des Rentenversicherungsträgers mit einer Übernahme nicht einverstanden sein wird.

Praktische Bedeutung kann die Frage aber erlangen, wenn der Betroffene in einer Bedarfsgemeinschaft lebt. Der SGB II-Träger ist dann in eigener Zuständigkeit befugt, über einen Wechsel vom Alg II zum Sozialgeld nach § 28 SGB II zu entscheiden. Für den Betroffenen ist das wegen derselben Leistungshöhe kein Nachteil, er kann dadurch aber den Zuschlag verlieren. Von Vorteil ist der Wechsel zum Sozialgeld bei einer anerkannten Schwerbehinderung mit Merkzeichen G; es gibt dann einen Mehrbedarfzuschlag nach § 28 Abs. 1 Nr. 4 SGB II

Ausgehend von der Überlegung, dass die Regelung des § 125 SGB III nur dazu dient, das Leistungsrisiko zwischen Arbeitslosen- und Rentenversicherung abzugrenzen (vgl. BSG vom 3.6.2004 - B 11 AL 55/03 R), wird man sagen müssen, dass die Fiktion ausreichender Leistungsfähigkeit in Bezug auf die Abgrenzung der SGB II-Leistungen keine Bedeutung hat. Der SGB II-Träger ist also nicht gehindert, Sozialgeld statt Alg II zu zahlen. Zur Erhaltung des Krankenversicherungsschutzes sind dann ggf. Beitragszuschüsse nach § 26 SGB II zu gewähren.

Reicht das Nahtlos-Alg I plus Wohngeld nach dem WoGG nicht, um den laufenden Lebensunterhalt zu decken, kann aufstockend zum Nahtlos-Alg I Alg II oder Sozialgeld beantragt werden.

Quelle: *info also, 2/2008 (Udo Geiger ist Richter am Sozialgericht Berlin)*