

*Priv.-Doz. Dr. Stephan Rixen, Universität zu Köln*

## **Erwerbsfähigkeit als Schlüsselbegriff der Arbeitsmarktreform, insbesondere im SGB II\***

### **I. Einleitung**

In einem der ersten Überblicksaufsätze zum SGB II, der noch vor dessen Inkrafttreten am 1. 1. 2005 erschien, konnte man lesen: „Einige Auslegungsfragen im SGB II sind noch offen.“<sup>1</sup> Das klang nicht gerade beunruhigend. Wer schon damals etwas mutiger in der Bewertung war, schrieb immerhin von „verschiedenen Ungereimtheiten“<sup>2</sup> im SGB II. Geradezu draufgängerisch muss es da erscheinen, wenn Ende 2005 ein Richter des Bundessozialgerichts verlauten lässt, dass SGB II gleiche einer „Pandorabüchse von Problemen“<sup>3</sup>. Das klingt nun wirklich beunruhigend. Zeus hatte zum Unheil der Menschen dem Epimetheus eine verführerische Frau, Pandora, geschickt, nachdem der Prometheus den Göttern das Feuer entwendet hatte; Zeus war also zu dieser Zeit nicht gerade guter Stimmung. Trotz der Warnungen seines Bruders Prometheus nahm Epimetheus Pandora zur Frau. Zeus aber hatte Pandora ein Gefäß mitgegeben – die Büchse der Pandora –, worin alle Übel enthalten waren. Als Pandora das Gefäß öffnete, flogen alle Übel heraus und verbreiteten sich über die gesamte Erde. Nur die Hoffnung, so sagt uns der Mythos, blieb in dem Gefäß zurück. Nimmt man den Richter des Bundessozialgerichts beim Wort – und es gibt allen Grund, das Wort eines Bundesrichters ernst zu nehmen –, dann hat der Gesetzgeber uns mit dem SGB II eine Ansammlung von Übeln geschickt, die der Hoffnung vieler arbeitssuchender Menschen einiges zumutet. Ob das auch mit dem Schlüsselbegriff der Erwerbsfähigkeit zusammenhängt, möchte ich nachfolgend versuchen zu klären.

Dabei werde ich von vornherein die spezifisch rechtlich verstandene Erwerbsfähigkeit im Sinne des § 8 II SGB II außen vor lassen. Hierbei geht um den „Zugang zum Arbeitsmarkt“<sup>4</sup> für Ausländer, wie er nach dem Aufenthalts- und Arbeitsgenehmigungsrecht reguliert ist. Auch die sog. Erwerbsunfähigkeitsfiktion des § 7 IV SGB II klammere ich aus, wonach

---

\* Schriftliche – nur redaktionell bearbeitete, nicht zur Veröffentlichung bestimmte – Grundlage des Vortrags auf dem 4. Kölner Sozialrechtstag am 28. 3. 2006. Der Autor, der die Lehrbefugnis für Staats- und Verwaltungsrecht, deutsches und europäisches Sozialrecht sowie öffentliches Wirtschaftsrecht innehat, vertritt derzeit eine Professur für Öffentliches Recht an der Universität zu Köln (stephan.rixen@uni-koeln.de).

<sup>1</sup> Hesse/Lübking, *Blätter der Wohlfahrtspflege* 1/2004, 7 (10).

<sup>2</sup> Wallerath, *JZ* 2004, 949 (960).

<sup>3</sup> Spellbrink, *info also* 2005, 195 (196).

<sup>4</sup> BT-Drucks. 15/1516, 52; hierzu Blüggel, in: Eicher/Spellbrink (Hrsg.), *SGB II, 2005*, § 8 Rn. 41 ff.; s. auch Rixen, *ebda.*, § 10 Rn. 77.

Menschen, die für länger als sechs Monate in einer stationären Einrichtung, etwa im geschlossenen Strafvollzug, untergebracht sind,<sup>5</sup> oder Rente wegen Alters beziehen, von vornherein nicht nach SGB II leistungsberechtigt sind. Man spricht auch hier von einer Erwerbsfähigkeitsfiktion,<sup>6</sup> weil für die betroffenen Personen unwiderleglich kraft normativer Anordnung der Ausschluss vom bzw. der Nichtzugang zum Arbeitsmarkt unterstellt wird.<sup>7</sup> Nachfolgend geht also nur um den Begriff der Erwerbsfähigkeit im Sinne des § 8 I SGB II und seine Feststellung im Verwaltungsverfahren.

## II. Erwerbsfähigkeit als Schlüsselbegriff der Arbeitsmarktreform

Die Zusammenführung von Arbeitslosen- und Sozialhilfe ist ein zentrales Anliegen der Arbeitsmarktreform der letzten Jahre gewesen. Das als „Hartz IV“ bekannte Gesetzesprojekt hat dem Grunde nach eine Sozialhilfe für *erwerbsfähige* Menschen (SGB II – Grundsicherung für Arbeitsuchende)<sup>8</sup> und eine Sozialhilfe für *nichterwerbsfähige* Menschen (SGB XII – Sozialhilfe)<sup>9</sup> geschaffen. Zwar sieht das SGB II in § 28 SGB II ein „Sozialgeld“ vor, das nicht-erwerbsfähige Angehörige anstelle des Alg II erhalten, sofern sie mit erwerbsfähigen Hilfebedürftigen in einer Bedarfsgemeinschaft leben und keine Grundsicherung nach dem SGB XII erhalten.<sup>10</sup> Es handelt sich jedoch nur um eine begrenzte Ausnahme vom Erfordernis der Erwerbsfähigkeit (als einem Erkennungszeichen des SGB II), denn die Bedarfsgemeinschaft ist um mindestens einen Erwerbsfähigen zentriert, bleibt also auf die Erwerbsfähigkeit bezogen.<sup>11</sup> Auf diese Weise wird die Bedarfsgemeinschaft für das Konzept „Fördern und Fordern“ in Dienst genommen,<sup>12</sup> und das heißt konkret: für die *erwerbsfähigen* Angehörigen der Bedarfsgemeinschaft, etwa im Rahmen einer Eingliederungsvereinbarung,

<sup>5</sup> *Spellbrink*, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 7 Rn. 34; aus der umfangreichen (weitgehend noch nicht veröffentlichten) (Eil-)Rspr. etwa SG Dortmund, Beschl. v. 1. 3. 2005 – S 27 AS 32/05 ER; SG Würzburg, Beschl. v. 29. 3. 2005 – S 10 AS 27/05 ER; SG Nürnberg, Beschl. v. 9. 5. 2005 – S 20 SO 106/05 ER; SG Schleswig, Beschl. v. 25. 5. 2005 – S 3 AS 173/05 ER; SG Berlin, Urt. v. 24. 6. 2005 – S 37 AS 907/05; SG Berlin, Beschl. v. 4. 7. 2005 – S 37 AS 4325/05 ER; SG Nürnberg, Beschl. v. 7. 7. 2005 – S 8 AS 170/05 ER; LSG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 2. 2. 2006 – L 14 B 1307/05 AS ER.

<sup>6</sup> *Spellbrink*, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 7 Rn. 33 a.E.: „gesetzliche Fiktion der Nichterwerbsfähigkeit“.

<sup>7</sup> *Spellbrink*, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 7 Rn. 36 f.

<sup>8</sup> Viertes Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 24. 12. 2003, BGBl. I S. 2954; s. außerdem das Kommunale Optionsgesetz vom 30. 7. 2004, BGBl. I S. 2014, das ehrlicherweise als „1. SGB II-ÄndG“ hätte firmieren müssen.

<sup>9</sup> Gesetz zur Einordnung des Sozialhilferechts in das Sozialgesetzbuch vom 27. 12. 2003, BGBl. I S. 3022.

<sup>10</sup> Vgl. § 7 II 1 SGB II: „Leistungen erhalten auch Personen, die mit erwerbsfähigen Hilfebedürftigen in einer Bedarfsgemeinschaft leben.“ Näher *Rixen*, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 28 Rn. 1 ff.; *Spellbrink*, ebda., § 5 Rn. 21 ff.; *Waibel*, ZfF 2005, 49 (55).

<sup>11</sup> *Spellbrink*, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 7 Rn. 23.

<sup>12</sup> *Rixen*, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 28 Rn. 1.

in die Pflicht genommen.<sup>13</sup> Dahinter steht die Überlegung, dass arbeitssuchende Erwerbsfähige in der Regel nur dann eine Chance auf dauerhafte Eingliederung in den Arbeitsmarkt haben, wenn ihr persönliches Umfeld sie darin positiv unterstützt und von eigenen Existenzsorgen halbwegs frei ist.

Wieso ist die Erwerbsfähigkeit ein *Schlüsselbegriff* der Arbeitsmarktreform? Der Begriff der Erwerbsfähigkeit, der im SGB II andauernd in der Formulierung „erwerbsfähiger Hilfebedürftiger“ auftaucht, entscheidet wesentlich darüber, wie Eintritt bzw. Wiedereintritt in den Arbeitsmarkt organisiert werden bzw. welches Sozialleistungs- und damit Finanzierungssystem greift. Fehlt die Erwerbsfähigkeit, kommt – vom Sonderfall des Sozialgeldes abgesehen – Hilfeleistung nach dem SGB II nicht in Betracht und es stellt sich weitergehend die Frage, ob für die hilfebedürftige Person überhaupt noch ein System sozialer Sicherung in Betracht kommt, dass die Fähigkeit, Erwerbsarbeit zu leisten, voraussetzt. Fehlende Erwerbsfähigkeit hat so aber Einfluss darauf, wie Menschen in einer Gesellschaft, in der Erwerbsarbeit die „Achse der Lebensführung“<sup>14</sup> bildet, Zugehörigkeit und soziale Anerkennung erfahren. Das machen die ersten sozialgerichtlichen Entscheidungen deutlich, in denen sich behinderte<sup>15</sup> bzw. schwer kranke<sup>16</sup> Menschen dagegen wehren, als erwerbsunfähig bewertet zu werden. Die besondere Situation behinderter bzw. schwer kranker Menschen, deren „Kampf“ um soziale Anerkennung in der gegebenen Gesellschaft typischerweise besonderen Hemmnissen unterliegt, macht damit ein Grundproblem deutlich, dass auch nicht-behinderte bzw. nicht chronisch kranke Menschen trifft: dass das Empfinden, ein sinnvolles Leben zu führen, nicht unwesentlich davon abhängt, arbeiten zu können. Das Bundesverfassungsgericht hat deshalb ganz zu Recht in jüngerer Zeit wiederholt betont, dass Arbeitslosigkeit die „Achtung und Selbstachtung“<sup>17</sup> des Arbeitssuchenden gefährde.<sup>18</sup> Das kann aber auch geschehen, wenn jemandem gegen seinen Willen<sup>19</sup> bescheinigt wird,

---

<sup>13</sup> Vgl. § 15 II SGB II; zur Problematik dieser Regelung *Rixen*, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 15 Rn. 17 ff.

<sup>14</sup> *Beck*, Risikogesellschaft, 1986, S. 220.

<sup>15</sup> Vgl. SG Stuttgart, Beschl. v. 29. 9. 2005 – S 21 SO 5122/05 ER –, juris, Rn. 19.

<sup>16</sup> Vgl. LSG Hamburg, Beschl. v. 22. 3. 2005 – L 3 B 46/05 ER SO –, juris, Rn. 3.

<sup>17</sup> BVerfGE 100, 271 (284); 103, 293 (307); s. auch die beeindruckende abweichende Meinung des Richters *Kruis*, BVerfGE 98, 169 (217 f.); instruktiv auch LAG Düsseldorf, NZA-RR 2006, 81 (87 f. [unter V. 3. b.] – „Wal-Mart“.

<sup>18</sup> Zum grundrechtlichen Hintergrund *Rixen*, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 10 Rn. 20 ff.; s. auch *Steiner*, NZA 2005, 657 ff.

<sup>19</sup> Natürlich gibt es auch unter Geltung des SGB II „Fälle“, in denen sich Menschen wünschen, als erwerbsunfähig qualifiziert zu werden, vgl. etwa SG Oldenburg (in Oldenburg), Beschl. v. 26. 1. 2005 – S 2 So 16/05 ER –, info also 2005, 83 (83); SG Hamburg, Beschl. v. 16. 3. 2006 – S 53 SO 84/05 ER –, juris, Rn. 4. Dahinter dürfte aber häufig nur die Absicht stehen, bestimmte vom SGB II nicht, aber im SGB XII vorgesehene Hilfen zu erhalten, was die fehlende Erwerbsfähigkeit (vgl. insb. § 21 S. 1 SGB XII) voraussetzt.

erwerbsunfähig zu sein, denn damit wird ihm oder ihr die Chance genommen, Selbstachtung mittels Erwerbsarbeit zu erfahren.

Der Begriff der Erwerbsfähigkeit im Sinne des SGB II hat aber auch deshalb genauere Aufmerksamkeit verdient, weil die Bedeutung des SGB II tendenziell zunehmen dürfte – sofern die Lage auf dem Arbeitsmarkt so bleibt wie sie ist. Die zunehmende Zahl prekärer Beschäftigungsverhältnisse und die damit einhergehende Erosion des Normalarbeitsverhältnisses erschweren den Zugang zur „regulären“ Arbeitsförderung des SGB III.<sup>20</sup> Der Gesetzgeber des SGB III verschließt bewusst die Augen vor der Realität fragmentierter Erwerbsbiographien. Je kürzer Beschäftigungen andauern und je häufiger sich Beschäftigungszeiten mit Phasen der Erwerbslosigkeit abwechseln, desto schwieriger wird es nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers, in der Rahmenfrist von nunmehr regelmäßig nur noch zwei Jahren 12 Monate in einem Versicherungspflichtverhältnis gestanden zu haben, um Arbeitslosengeld zu erhalten.<sup>21</sup> In diese vom SGB III-Gesetzgeber bewusst geschaffene Lücke stößt das SGB II.<sup>22</sup> Bleibt es insbesondere bei der hohen Arbeitslosigkeit Jugendlicher bzw. junger Menschen, denen der Ersteintritt in den Arbeitsmarkt verwehrt bleibt – von der Aufnahme eines traditionellen „Normalarbeitsverhältnisses“ ganz zu schweigen –, dann wird das SGB II in Zukunft immer mehr zum eigentlichen Arbeitsförderungsgesetz, und der Begriff der Erwerbsfähigkeit im Sinne des § 8 I SGB II wird immer wichtiger.

### **III. Begriff der Erwerbsfähigkeit i.S. des § 8 I SGB II**

#### **1. Begriffsklärung**

Was unter Erwerbsfähigkeit zu verstehen ist, thematisiert das SGB II in § 8 I. Erwerbsfähig ist danach, „wer nicht wegen Krankheit oder Behinderung auf absehbare Zeit außerstande ist, unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes mindestens drei Stunden täglich erwerbstätig zu sein.“ In der Literatur steht außer Streit, dass diese Formulierung

---

<sup>20</sup> Das Statistische Bundesamt hat jüngst darauf hingewiesen, dass die Abnahme der sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisse in den Jahren 2004 und 2005 für die These einer Erosion des Normalarbeitsverhältnisses spreche, vgl. den Bericht der FAZ, Nr. 72 vom 25. 3. 2006, S. 12 zu einem Pressegespräch des Statistischen Bundesamtes über neue Fakten zur Dynamik des Arbeitsmarktes aus der ILO-Arbeitsmarktstatistik, dazu [http://www.destatis.de/presse/deutsch/pk/2006/ilo\\_b.htm](http://www.destatis.de/presse/deutsch/pk/2006/ilo_b.htm) (abgerufen am 27. 3. 2006).

<sup>21</sup> Vgl. §§ 123, 124 SGB III.

<sup>22</sup> Zur Abgrenzung von SGB II und SGB III s. auch § 22 IV SGB III.

Folge eines redaktionellen Versehens ist,<sup>23</sup> das man spontan möglicherweise gar nicht erkennt, weil man stillschweigend das eigentlich Gemeinte versteht. Bei den Beratungen im Vermittlungsausschuss, der die geltende Fassung des § 8 I SGB II zu verantworten hat,<sup>24</sup> haben sich die Beteiligten nämlich in einer doppelten Verneinung verheddert und dabei einmal das Wörtchen „nicht“ aus dem Blick verloren.<sup>25</sup> Richtigerweise muss es deshalb heißen: Erwerbsfähig ist, wer *nicht* wegen Krankheit oder Behinderung auf *nicht* absehbare Zeit außerstande ist, unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes mindestens drei Stunden täglich erwerbstätig zu sein.<sup>26</sup> Erwerbsfähig ist demnach, wer gesundheitlich in der Lage ist, unter den Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes noch mindestens drei Stunden täglich erwerbstätig sein kann, und zwar auf absehbare Zeit. Es geht mithin, wenn von Erwerbsfähigkeit im Sinne des SGB II die Rede ist, um ein bestimmtes, allein vom Gesundheitszustand abhängiges Restleistungsvermögen, das ein einem bestimmten zeitlichen Umfang (drei Stunden in absehbarer zeitlicher Perspektive) und bezogen auf den allgemeinen Arbeitsmarkt dazu befähigt, Erwerbsarbeit zu leisten.

Damit stellt sich die Frage, wie die aufeinander aufbauenden Begriffsmerkmale auszulegen sind, also wie „Krankheit“ und „Behinderung“ begriffen werden muss, wie der Zeitraum „auf nicht absehbare Zeit“ zu verstehen ist und vor allem, was es bedeutet, wenn von den „üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes“ die Rede ist. Was das Verständnis der Begriffsmerkmale erschwert, ist ein Satz in den Gesetzesmaterialien. Er lautet: „Die Regelung lehnt sich an § 43 Abs. 2 Satz 2 des Sechsten Buches an.“<sup>27</sup> Wie weit reicht diese Anlehnung an die begrifflichen Unterscheidungen des Rentenversicherungsrechts zur vollen Erwerbsminderung, die in § 43 II 2 SGB VI definiert wird?

---

<sup>23</sup> Eingehend *Blüggel*, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 8 Rn. 26.

<sup>24</sup> BT-Drucks. 15/2259, 2.

<sup>25</sup> Die Vorschrift ist in der Tat „sprachlich wenig geglückt“, so *Reinhard*, in: Kruse/Reinhard/Winkler, SGB II, 2005, § 8 Rn. 3.

<sup>26</sup> *Blüggel*, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 8 Rn. 27.

<sup>27</sup> BT-Drucks. 15/1516, 52; s. auch den Ausschussbericht, BT-Drucks. 15/1749, 31: „enge Anlehnung an die Regelung der Erwerbsunfähigkeit in § 43 Abs. 2 SGB VI“.

## 2. Die einzelnen Begriffsmerkmale des § 8 I SGB II

### a) Auf nicht absehbare Zeit

Das Merkmal „auf nicht absehbare Zeit“ meint, dass jemand gegenwärtig oder voraussichtlich innerhalb von sechs Monaten erwerbstätig sein kann.<sup>28</sup> Das lässt sich aus dem Vergleich mit den ursprünglichen Fassungen des § 8 I SGB II rückschließen, die auf doppelte Verneinungen noch verzichtet hatten.<sup>29</sup>

Dass eine Sechs-Monats-Frist gemeint ist, bestätigt auch der Blick in § 7 IV SGB II, wonach Leistungen nach dem SGB II insbesondere diejenigen erhalten, die für länger als sechs Monate in einer stationären Einrichtung untergebracht sind.<sup>30</sup> Der Sache nach entstammt die Sechs-Monats-Frist dem Rentenversicherungsrecht, wo eine befristete Rente wegen verminderter Erwerbsfähigkeit nicht zu leisten ist, wenn die verminderte Erwerbsfähigkeit innerhalb von sechs Monaten behoben werden kann.<sup>31</sup> Dies wiederum wird in § 43 II 2 SGB VI gleichsam hineingelesen, und § 8 I SGB II lehnt sich daran an.

D.h.: Die Erwerbsfähigkeit muss *nicht* mindestens sechs Monate bestehen.<sup>32</sup> Es geht nur für den Fall, dass jemand *gegenwärtig* nicht erwerbsfähig ist, um eine *Prognose*: Nur wer danach mehr als sechs Monate gesundheitlich außerstande ist, drei Stunden täglich Erwerbsarbeit zu leisten, ist erwerbsunfähig.<sup>33</sup> Und umgekehrt: Fehlt jemandem akut wegen Krankheit oder Behinderung die Erwerbsfähigkeit, ist aber absehbar, dass er oder sie innerhalb von sechs Monaten die Erwerbsfähigkeit voraussichtlich, also mit überwiegender Wahrscheinlichkeit wieder erlangen wird, dann ist er oder sie erwerbsfähig.<sup>34</sup>

Vor diesem Hintergrund sind etwa die in den Medien skandalisierten Fälle angeblicher Koma-Patienten, die für erwerbsfähig erklärt worden seien, differenziert zu betrachten: Handelt es sich um komatöse Zustände, die nur wenige Tage oder Wochen anhalten, dann steht dieses

<sup>28</sup> Vgl. die Gesetzesbegr., die auf „die bestehende bzw. die voraussichtlich innerhalb von sechs Monaten vorliegende Erwerbsfähigkeit“ abstellt, BT-Drucks. 15/1516, 52.

<sup>29</sup> Vgl. die Fassung im Gesetzentwurf, BT-Drucks. 15/1516, 11 (mit bestätigender Begr. auf S. 52) sowie die Fassung in der Beschlussempfehlung, BT-Drucks. 15/1728, 172.

<sup>30</sup> *Blüggel*, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 8 Rn. 28.

<sup>31</sup> Arg. § 101 I SGB VI; dazu *Blüggel*, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 8 Rn. 28; s. auch *Köbl*, in: Schulin (Hrsg.), Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Bd. 3, 1999, § 21 Rn. 44.

<sup>32</sup> *Löschau/Marschner*, Zusammenlegung von Arbeitslosen- und Sozialhilfe, 2004, Rn. 232 a.E.

<sup>33</sup> *Brühl*, LPK-SGB II, 2005, § 8 Rn. 14.

<sup>34</sup> *Löschau/Marschner* (Fußn. 32), Rn. 232 a.E.

kurzzeitige Koma, das z.B. auch aus therapeutischen Gründen künstlich hergestellt werden kann, *als solches* der Erwerbsfähigkeit nicht entgegen. Selbstverständlich gibt es auch Koma-Zustände, die bei sorgfältiger Prognose länger als sechs Monate andauern werden;<sup>35</sup> Erwerbsfähigkeit ist dann – selbstverständlich – ausgeschlossen. Allerdings dürfte klaren, dass ein Koma nach aller Erfahrung nicht der Hauptanwendungsfall von „Krankheit“ und „Behinderung“ sein wird, der über die Erwerbsfähigkeit entscheidet.

## b) Funktionsbeeinträchtigungen wegen Krankheit oder Behinderung

Die Begriffe „Krankheit“ und „Behinderung“ finden sich ebenfalls in der Vorbildnorm des § 8 I, dem § 43 II 2 SGB VI. Unter „Krankheit“ wird ein regelwidriger körperlicher, geistiger oder seelischer Zustand verstanden.<sup>36</sup> Damit wird im Kern auf den Stand der medizinischen Erkenntnisse verwiesen, also die dort praktizierte Anerkennung von Zuständen als krankhaft. Verdachtsdiagnosen sind keine Krankheit: Die Krankheit muss aktuell vorhanden sein; dass sei droht, genügt nicht.<sup>37</sup> Allerdings wird zumindest in Grenzfällen deutlich, dass der Krankheitsbegriff im Kern wertungsabhängig ist, was insbesondere bei Zuständen eine Rolle spielt, hinsichtlich derer sich in der medizinischen Praxis die Anerkennung als Krankheit noch nicht durchgesetzt hat und die dann juristisch bewertet werden.<sup>38</sup> Man denke etwa an körperliche Anomalien<sup>39</sup> oder das Phänomen des Analphabetismus.<sup>40</sup> Die Behandlungsbedürftigkeit des Zustands ist, anders als etwa in der gesetzlichen Krankenversicherung,<sup>41</sup> für die Rentenversicherung ohne Belang. Gleiches gilt für § 8 I SGB II.<sup>42</sup>

Es geht bei all dem allerdings *nicht* um die abstrakte Ermittlung von Krankheiten, sondern um die Ermittlung konkreter aus der Krankheit resultierender Funktionsbeeinträchtigungen, die die Erwerbsfähigkeit in qualitativer Hinsicht einschränken. Es geht, genauer, um (*sozial-)medizinisch* geprägte Unterscheidungen, die im Rentenversicherungsrecht seit langem

<sup>35</sup> Hierzu aus medizinischer Sicht *Nacimiento* und *Zieger*, in: Höfling (Hrsg.), Das sog. Wachkoma, 2005, S. 29 ff., S. 49 ff. – jew. m. weit. Nachw.

<sup>36</sup> *Blüggel*, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 8 Rn. 20; s. auch *Rixen*, Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht, 2005, S. 155 ff. – jew. mit. weit. Nachw.

<sup>37</sup> *Blüggel*, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 8 Rn. 22.

<sup>38</sup> In diesem Sinne auch – mit Blick auf den nicht primär medizinischen, sondern auf Teilhabeermöglichung abzielenden Behinderungsbegriff des SGB IX – *Mrozynski*, ZFSH/SGB 2004, 198 (202).

<sup>39</sup> Vgl. BSGE 93, 252 SozR 4-2500 § 27 Nr. 3; *Blüggel*, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 7 Rn. 20.

<sup>40</sup> Vgl. BSG, SozR 3-2200 § 1246 Nr. 62 = NZS 1999, 302 (304); BSG, SozR 4-2600 § 44 Nr. 1 = Breith. 2005, 309; s. auch *Blüggel*, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 7 Rn. 20.

<sup>41</sup> *Rixen* (Fußn. 36), S. 155 ff. mit weit. Nachw.

<sup>42</sup> *Blüggel*, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 8 Rn. 21.

anerkannt sind. In qualitativer Hinsicht müssen danach ein positives und ein negatives Leistungsbild erkennbar werden, also die gesundheitlich bedingten Fähigkeiten zur Erwerbsarbeit, über die der oder die Betreffende noch verfügt.<sup>43</sup> Die sozialmedizinischen Auskünfte zum *positiven Leistungsbild* müssen sich beziehen

- auf die noch auszuhaltende Arbeitsschwere (körperlich leichte, leichte bis mittelschwere und schwere Arbeiten),
- auf die Arbeitshaltung (ständig, überwiegend oder zeitweise im Stehen, Gehen oder Sitzen) und
- auf die Arbeitsorganisation (Tag, Früh-/Spät- oder Nachtschicht).<sup>44</sup>

Das *negative Leistungsbild* fokussiert die Funktionsbeeinträchtigungen, also die gesundheitlich bedingten Einschränkungen der Fähigkeit, Erwerbsarbeit zu leisten. Die sozialmedizinischen Auskünfte müssen sich beziehen auf

- die geistig-psychische Belastbarkeit (z.B. Konzentrationsvermögen),
- die Sinnesorgane (z.B. Seh-, Hör- und Tastvermögen),
- den Bewegungs- und Haltungsapparat (z.B. die Gebrauchsfertigkeit der Hände) sowie
- Gefährdungs- und Belastungssituationen (z.B. Nässe oder Allergien).<sup>45</sup>

Der Behinderungsbegriff potenziert nun gleichsam den Krankheitsbegriff. Menschen sind „behindert“, wenn ihre körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelischer Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweicht und daher ihre Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist – so § 2 I 1 SGB IX. Die Erwähnung der Sechs-Monats-Phase ist von der Sechs-Monats-Phase, die mit dem Merkmal „auf nicht absehbare Zeit“ erfasst wird, abzugrenzen. Es handelt sich nicht um eine Wiederholung, die dasselbe meint.<sup>46</sup> Die Sechs-Monats-Phase als Teil des Behinderungsbegriffs bezeichnet einen zeitlich verfestigten, also einen besonders tiefgreifenden, einen chronifizierten Krankheitszustand, der sich unter dem Aspekt der Teilhabe an der Gesellschaft negativ auswirkt.<sup>47</sup> Eine *andere* Frage ist aber, ob jemand gerade

---

<sup>43</sup> Vgl. Blüggel, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 8 Rn. 10 ff.; Brühl, in: LPK-SGB II (Fußn. 33), § 8 Rn. 6 ff.

<sup>44</sup> Blüggel, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 8 Rn. 12.

<sup>45</sup> Blüggel, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 8 Rn. 23.

<sup>46</sup> So aber offenbar Blüggel, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 8 Rn. 23.

<sup>47</sup> Zur Bedeutung dieser Auswirkungen, die vom Rechtsbegriff „Behinderung“ erfasst werden, vgl. Blüggel, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 8 Rn. 23.



wegen dieser Behinderung gegenwärtig nicht in der Lage ist bzw. nicht innerhalb von sechs Monaten drei Stunden fähig werden wird, Erwerbsarbeit zu leisten.<sup>48</sup>

Dieses Kausalitätserfordernis („wegen“) kommt im Wortlaut des § 8 I SGB II deutlich zum Ausdruck. Mit anderen Worten: Es kommt allein und entscheidend auf die gesundheitliche Lage an, wie sie sich mithilfe der Begriffe Krankheit und Behinderung erfassen lassen. Die „Behinderung“ oder die „Krankheit“ – genauer: die von ihnen ausgehenden Funktionsbeeinträchtigungen – müssen somit im Sinne der sozialrechtlichen Theorie der wesentlichen Bedingung die wesentliche Ursache für den Eintritt der Erwerbsunfähigkeit sein.<sup>49</sup> Allerdings ist im Lichte der Vorgaben des SGB IX zu fragen, ob Funktionsbeeinträchtigungen behinderter Menschen kompensiert werden können, etwa durch eine Arbeitsassistenz.<sup>50</sup> Beruht das Unvermögen, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen, dagegen „wesentlich“ auf anderen Faktoren, ist dies im Hinblick auf § 8 I SGB II irrelevant.<sup>51</sup> Unbeachtliche Ursachen sind daher z.B. mangelnde Sprachkenntnisse oder das Erreichen einer für einen bestimmten Beruf vorgesehenen Altersgrenze,<sup>52</sup> sofern nicht das 65. Lebensjahr erreicht ist, denn dann fehlt es von vornherein, nämlich nach § 7 I 1 Nr. 1 SGB II, an der Berechtigung, Leistungen nach dem SGB II zu beanspruchen.<sup>53</sup> Unbeachtlich für die Erwerbsfähigkeit sind insbesondere alle Umstände, die „nur“ zur Unzumutbarkeit einer Tätigkeit gemäß § 10 SGB II führen können.<sup>54</sup>

### c) Mindestens drei Stunden

Die Formulierung „mindestens drei Stunden“ bezieht sich auf die quantitativen Einschränkungen, die aus der gesundheitlichen Lage resultieren. Es geht um den zeitlichen Umfang, in dem eine Tätigkeit entsprechend dem positiven und dem negativen Leistungsbild

<sup>48</sup> In diesem Sinne auch *Mrozynski*, ZFSH/SGB 2004, 198 (202).

<sup>49</sup> *Blüggel*, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 8 Rn. 24; zuzf. hierzu – unabh. vom SGB II – *Erlenkämper*, in: ders./Fichte, Sozialrecht, 5. Aufl. 2003, S. 61 ff.

<sup>50</sup> § 33 VI 1 Nr. 3 SGB IX; s. hierzu und anderen Teilhabe ermöglichenden Instrumenten *Mrozynski*, ZFSH/SGB 2004, 198 (202); Man muss m.E. die Rechtslage so verstehen (vgl. § 7 S. 1 SGB IX), dass das SGB II den Rückgriff auf die ergänzenden besonderen Leistungen des SGB IX nicht sperren will.

<sup>51</sup> *Blüggel*, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 8 Rn. 24; *Brühl*, wohnungslos 1/2004, 1 (3): Gesundheitszustand ist das „maßgebliche Kriterium“.

<sup>52</sup> *Blüggel*, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 8 Rn. 21, 25.

<sup>53</sup> *Blüggel*, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 8 Rn. 21. – Man könnte auch insofern von einer Erwerbsunfähigkeitsfiktion sprechen, allerdings wird der Begriff bislang anderen Konstellationen vorbehalten, dazu oben im Text nach Fußn. 4.

<sup>54</sup> Vgl. zu gesundheitlichen Beeinträchtigungen als Unzumutbarkeitsgrund *Rixen*, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 10 Rn. 47 ff. – Man kann die Erwerbsfähigkeit, weil sie auf sehr grundlegender Ebene die Belastbarkeit definiert, als „verdecktes Zumutbarkeitskriterium“ (*Kruse*, ZIAS 2003, 301, 305), bezeichnen.

(noch) ausgeübt werden kann.<sup>55</sup> Das SGB II verlangt hier vergleichsweise wenig, nämlich die Fähigkeit, drei Stunden täglich Erwerbsarbeit zu verrichten. Je nach qualitativer Einschränkung wird eine quantitative Einschränkung mehr oder weniger nahe liegen, allerdings müssen bestimmte qualitative Einschränkungen nicht zwingend eine bestimmte quantitative Einschränkung zur Folge haben. Ein solcher Automatismus scheidet schon deshalb aus, weil die gesundheitliche Belastbarkeit von Menschen unterschiedlich ausfällt.<sup>56</sup> Aus Sicht des Rentenversicherungsrechts bedeutet die Drei-Stunden-Grenze im Übrigen, dass rentenrechtlich teilweise erwerbsgeminderte Personen, die nur noch über ein Leistungsvermögen von drei bis sechs Stunden täglich verfügen, im Sinne des SGB II durchaus erwerbsfähig sind.<sup>57</sup>

#### **d) Übliche Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes**

Am meisten Probleme in der Literatur und der noch kargen Rechtsprechung der Sozialgerichte bereiten die Worte „unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes“. Zumindest dem Wortlaut lehnt sich § 8 I SGB II auch mit dieser Formulierung an § 43 II 2 SGB VI an. Wie dort geht es zunächst darum, dass Bezugsgröße des Restleistungsvermögens nicht Arbeitsplätze auf *besonderen* Arbeitsmärkten sein dürfen, wie sie insbesondere in Werkstätten für behinderte Menschen, bei Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen oder „Ein-Euro-Jobs“ zur Verfügung stehen.<sup>58</sup> Es geht um den allgemeinen Arbeitsmarkt der Arbeitsverhältnisse, auf dem unselbständige Erwerbsarbeit gegen nicht bloß geringfügiges,<sup>59</sup> insbesondere nicht-lohnwucherisches<sup>60</sup> Entgelt verrichtet wird.

Der Arbeitsplatz auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt muss sich durch „übliche Bedingungen“ auszeichnen. Es darf also Arbeitsplätze nicht nur in Einzel- oder Ausnahmefällen geben, sondern sie müssen „in nennenswertem Umfang“<sup>61</sup> existieren, wie die Durchführungshinweise der BA unter Rückgriff auf entsprechende Formulierungen zum Rentenrecht betonen. Inwieweit hierbei die rentenversicherungsrechtliche Rechtsprechung zur

<sup>55</sup> *Blüggel*, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 8 Rn. 14.

<sup>56</sup> Vgl. *Blüggel*, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 8 Rn. 14.

<sup>57</sup> *Geiger*, in: Plagemann (Hrsg.), Münchener Anwalts-Handbuch Sozialrecht, 2. Aufl. (2005), § 15 Rn. 34.

<sup>58</sup> *Blüggel*, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 8 Rn. 34; *Löschau/Marschner* (Fußn. 32), Rn. 236 f.; *Brühl/Schoch*, in: LPK-SGB XII, 7. Aufl. (2005), § 41 Rn. 12.

<sup>59</sup> BSGE 67, 1 (4) mit weit. Nachw.

<sup>60</sup> Dazu allg. *Rixen*, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 10 Rn. 90 ff.

<sup>61</sup> Durchführungshinweis 8. 3 (zu § 8 SGB II), zit. nach *Brühl/Hofmann* (Hrsg.), Durchführungshinweise der BA für die Anwendung des SGB II, Stand: Mai 2005.

sog. Verschlossenheit des Arbeitsmarktes beachtet werden muss oder darf,<sup>62</sup> ist allerdings heiß umstritten:

Nach einer Auffassung in der Literatur sollen diese insbesondere auf die Verschlossenheit des Arbeitsmarktes rekurrierenden Unterscheidungen des Rentenversicherungsrechts im Rahmen des SGB II schlechterdings unbeachtlich sein.<sup>63</sup> Dahinter steht zum einen die Vorstellung, dass das SGB II wegen seiner in § 1 I 4 Nr. 2 betonten Absicht, die Erwerbsfähigkeit zu erhalten, zu verbessern und wiederherzustellen, seinen Begriff der Erwerbsfähigkeit restriktiver fassen müsse als das Rentenversicherungsrecht. Zugespitzt ausgedrückt: Das SGB II erschwere – so diese Auffassung – mit Blick auf die Regelungsabsicht, Erwerbspotenziale zu erschließen, bewusst den „Ausweg“ in die Erwerbsunfähigkeit.<sup>64</sup> Überwiegend wird jedoch das Gegenteil angenommen, dass nämlich die rentenversicherungsrechtlichen Unterscheidungen zur Verschlossenheit des Arbeitsmarktes durchaus heranzuziehen seien. Der argumentative Weg fällt allerdings unterschiedlich aus. Zum Teil geht man davon aus, dass die identische Wortwahl von § 8 I SGB II und § 43 II 2 SGB VI als stillschweigender Verweis auf alle rentenversicherungsrechtlichen Unterscheidungen zu verstehen sei;<sup>65</sup> so lassen sich auch die Durchführungshinweise der BA verstehen.<sup>66</sup> Zum Teil wird zwar zunächst die eigenständige Begrifflichkeit des § 8 I SGB II hervorgehoben, aber dann empfohlen, sich an der rentenversicherungsrechtlichen Rechtsprechung zur Verschlossenheit des Arbeitsmarktes zu orientieren.<sup>67</sup> Zugleich wird aber betont, dass diese Orientierung restriktiv gehandhabt werden müsse,<sup>68</sup> weil es der Betrachtungsweise, die nur die gesundheitliche Lage in den Blick nehme, eigentlich widerspreche, eine Verschlossenheit des Arbeitsmarktes anzunehmen, denn das SGB II wolle ja gerade diese Verschlossenheit der Arbeitsmärkte aktiv aufbrechen.<sup>69</sup> Damit ist diese

---

<sup>62</sup> BSGE 80, 24 = SozR 3-2600 § 44 Nr. 8; die Kriterien sind auch auf § 43 SGB VI in seiner geltenden Fassung anwendbar, vgl. BSG, Beschl. v. 10. 7. 2002 – B 13 RJ 101/02 B, juris, Rn. 7 = SozSich 2004, 36 (LS); BSG, Beschl. v. 27. 2. 2003 – B 13 RJ 215/02 B, juris, Rn. 12; s. auch *Stichnoth/Wiechmann*, DAngVers 2001, 53 (55 a.E.); *Joussen*, NZS 2002, 294 (297).

<sup>63</sup> *Löschau*, DAngVers 2005, 20 (24); so offenbar auch *Brand*, Hartz IV – Mein Recht auf Arbeitslosengeld II, 2005, S. 31.

<sup>64</sup> Allg. zu diesem Gedanken *Blüggel*, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 8 Rn. 7, 28, 30 a.E.; *Spellbrink*, ebda., § 5 Rn. 19, 23 a.E.

<sup>65</sup> *Heller/Stosberg*, DAngVers 2004, 100 (106); *Valgolio*, in: Hauck/Noftz/Voelzke, SGB II, Stand: März 2006, § 8 Rn. 5a; *Voelzke*, ebda., Einführung, Rn. 220; *Waltermann*, Sozialrecht, 5. Aufl. (2005), Rn. 453f.; *Brühl*, in: LPK-SGB II (Fußn. 33), § 8 Rn. 18 ff.; *Löns*, in: Löns/Herold-Tews, SGB II, 2005, § 8 Rn. 2 f.; in diesem Sinne auch *Wahrendorf*, in: Grube/Wahrendorf (Hrsg.), SGB XII, 2005, § 41 Rn. 1 a.E.: „passgenaue(s) Scharnier“.

<sup>66</sup> Vgl. die Durchführungshinweise 8. 1 und 8. 4 (zu § 8 SGB II), zit. nach *Brühl/Hofmann* (Fußn. 57).

<sup>67</sup> *Blüggel*, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 8 Rn. 2 a.E., 7, 30 ff.; so auch – allerdings nur hilfsweise – *Voelzke*, in: Hauck/Noftz/Voelzke (Fußn. 65), Einführung 220 a.E.

<sup>68</sup> *Blüggel*, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 8 Rn. 30 a.E.

<sup>69</sup> *Blüggel*, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 8 Rn. 37.

Variante nicht mehr so weit entfernt von der Auffassung, die der Arbeitsmarktverschlossenheit des Rentenrechts (als § 43 Abs. 2 S. 2 SGB VI interpretatorisch unterlegte Ausnahmeregelung) überhaupt keine Bedeutung zumisst.

Was tun? Ich meine, dass der Verweis auf die dezidierte Absicht des Gesetzgebers, Erwerbspotenziale zu generieren, durchaus für einen eigenständigen Erwerbsfähigkeitsbegriff im SGB II spricht. Allerdings meine ich auch, dass sich der Streit darüber *auf der Anwendungsebene* entschärfen lässt. Dazu müsste man das, was im Rahmen des § 8 I SGB II mit „üblichen Bedingungen“ gemeint ist, stärker auf die zeitliche Dimension des Restleistungsvermögens beziehen, also auf die Fähigkeit, zu mindestens täglich dreistündiger Erwerbsarbeit. Zu fragen ist zunächst, ob es generell Arbeitsplätze gibt, auf denen Menschen noch drei Stunden erwerbstätig sein können. Sodann ist zu fragen, ob solche Arbeitsplätze auch für Personen mit dem Gesundheitszustand des Betroffenen generell zur Verfügung stehen (also nicht, ob der Betroffene auch eine Chance hätte, einen solchen Arbeitsplatz in Konkurrenz mit anderen Interessenten zu erlangen). In Relation zum Gesundheitszustand kann es solche Tätigkeiten u.U. gerade *nicht* geben, und die Rechtsprechung zum Rentenversicherungsrecht kann ein Leitfaden sein, um das Ausmaß der gesundheitlichen Belastbarkeit bzw. der Funktionsbeeinträchtigungen genau zu bestimmen. Geht man so vor, dann wahrt man die begriffliche Eigenständigkeit des Erwerbsfähigkeitsbegriffs des SGB II, ohne das argumentative Potential der rentenversicherungsrechtlichen Rechtsprechung zu vernachlässigen.

Ich sehe sehr wohl, dass dies einstweilen, jedenfalls solange wir kaum Hauptsache-Rechtsprechung zu § 8 I SGB II haben, zu einer Vielzahl von Einzelfallentscheidungen führen wird, denn es bedarf einer sorgfältigen Analyse des Arbeitsmarktes, die ständig aktualisiert werden müsste, zumal (informelle) Übersichten, auf die zurückgegriffen werden könnte, bislang nicht vorliegen.<sup>70</sup> Es ist jedenfalls missverständlich, wenn es in der Literatur heißt, jede nur erdenkliche, erlaubte Tätigkeit sei auszuüben,<sup>71</sup> denn dabei kommt der Bezug zum

<sup>70</sup> Vgl. – zum Erwerbsminderungsrentenrecht – *Gagel*, SozSich 1997, 339 (341).

<sup>71</sup> So *Brand* (Fußn. 63), S. 38; *Löschau/Marschner* (Fußn. 32), Rn. 235; so auch – mit Blick auf § 43 SGB VI – *Flecken*, in: Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung (Hrsg.), Übersicht über das Sozialrecht, 2004, S. 219 (250 [Rn. 115]); *Eichenhofer*, Sozialrecht, 5. Aufl. (2004), Rn. 319 (S. 175). Vorbild ist offensichtlich eine – allerdings aus dem Kontext gelöste – Formulierung in der Gesetzesbegr. zu § 43 SGB VI i.d.F. des Gesetzes zur Reform der Renten wegen verminderter Erwerbsfähigkeit vom 20. 12. 2000 (BGBl. I S. 1827), BT-Drucks. 14/4230, S. 25: „jede nur denkbare Tätigkeit, die es auf dem Arbeitsmarkt gibt“.

konkreten Gesundheitszustand zu kurz.<sup>72</sup> Gleichwohl ist es nicht unplausibel, wenn es in der Literatur mit Blick auf die Absicht des SGB II, Erwerbspotenziale zu erschließen, heißt, angesichts des bloß dreistündigen Leistungsvermögens werde es letztlich wohl nur wenige erwerbsunfähige Hilfebedürftige geben<sup>73</sup> – was Erwerbsunfähigkeit in der Rechtswirklichkeit wohl zum Ausnahmefall machen wird.<sup>74</sup>

Man kann, entsprechend der rentenrechtlichen Rechtsprechung zur sog. Verweisungstätigkeit, nicht generell annehmen, dass eine grundsätzliche Pflicht bestehe, in Frage kommende Tätigkeiten zu benennen.<sup>75</sup> Bekanntlich nimmt das Bundessozialgericht aber an, dass zumindest dann – ausnahmsweise – eine Verweisungstätigkeit benannt werden müsse, wenn eine Summierung ungewöhnlicher Leistungseinschränkungen vorliege bzw. schwere spezifische Leistungsbehinderungen vorlägen.<sup>76</sup> Überträgt man das sinngemäß in den Kontext des SGB II, dann wird man eine Pflicht zur Benennung wenigstens *einer* Tätigkeit zumindest dann annehmen müssen, wenn die Erwerbsfähigkeit gerade die Drei-Stunden-Grenze erreicht bzw. nicht weit von ihr entfernt ist (z.B. bei einer nur vierstündigen Belastbarkeit). In diesen Fällen offenbar nachhaltig leistungseingeschränkter Personen dürften die auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt verfügbaren Tätigkeiten nicht so leicht erkennbar sein. *Nochmals*: Es ist nicht damit getan zu behaupten, es müsse jede erdenkliche, auch gering qualifizierte, ungelernete oder leicht erlernbare Tätigkeit ausgeübt werden.<sup>77</sup> Wenn es diese Tätigkeiten tatsächlich auch für Personen gibt, die die Drei-Stunden-Grenze nur leicht überschreiten, dürfte es eigentlich keine Probleme machen, mindestens eine Tätigkeit zu benennen, die in Betracht kommt. Dazu ist der Leistungsträger – *allerdings nur in diesen Grenzfällen* – auch verpflichtet.

Zusammengefasst bedeutet das: Die Erwerbsfähigkeit des § 8 I SGB I übernimmt aus Gründen, die im Regelungsplan des SGB II liegen, nicht die aus dem Rentenversicherungsrecht bekannte Konstruktion zum verschlossenen Arbeitsmarkt. Denn – so das Bayerische LSG –: „Die in der Gesetzesbegründung zu § 8 Abs. 1 SGB II

<sup>72</sup> Es geht um „das sich aus der Diagnose im konkreten Einzelfall ergebende Leistungsvermögen“, so Müller-Gazurek, FPR 2005, 466 (467).

<sup>73</sup> Reinhard, in: Kruse/Reinhard/Winkler (Fußn. 25), § 8 Rn. 6 (S. 70 a.E.).

<sup>74</sup> Mrozynski, ZFSH/SGB 2004, 198 (202 a.E.).

<sup>75</sup> Diese Frage wird, soweit ersichtlich, kaum diskutiert; s. aber Baczko, Hartz IV und Arbeitslosengeld II – Das sind Ihre Rechte, 2004, S. 92, der eine Benennungspflicht strikt ausschließt.

<sup>76</sup> Vgl. BSGE 80, 24 = SozR 3-2600 § 44 Nr 8; Niesel, in: Kasseler Kommentar Sozialversicherung, Stand: Januar 2006, § 43 SGB VI Rn. 47; Marschang, Verminderte Erwerbsfähigkeit, 2002, S. 55 ff. – jew. mit weit. Nachw.

<sup>77</sup> Vgl. Valgolio, in: Hauck/Noftz/Voelzke (Fußn. 65), § 8 Rn. 16.

angesprochene ‚Anlehnung‘ an § 43 SGB VI bedeutet ausschließlich, dass einzelne Tatbestandsmerkmale des § 43 SGB VI in § 8 Abs. 1 SGB II übernommen wurden.<sup>78</sup> § 8 I SGB II hat also nur eine gesetzessprachliche Anleihe gemacht, ohne sich damit auch die von der Rechtsprechung geschaffene (und vom Gesetzgeber des SGB VI respektierte)<sup>79</sup> Lesart des § 43 II 2 SGB VI in jeder Hinsicht zu eigen zu machen. Die Erwerbsfähigkeit im Sinne des § 8 I SGB II ist ein eigenständiger Rechtsbegriff.<sup>80</sup> Die Erwerbsfähigkeit des § 8 I SGB II zielt nur auf ein gesundheitliches *Restleistungsvermögen* zur Verrichtung von Erwerbsarbeit – Akzent auf „Rest“ –, das auf dem Arbeitsmarkt aktiviert werden soll.

Das wirft natürlich die Frage auf, ob diese Sichtweise zu Problemen im Rahmen des Einigungsstellenverfahrens führen kann, wo SGB II-Leistungsträger und Rentenversicherungsträger sich über die Erwerbsfähigkeit auseinandersetzen; ich komme darauf sogleich zurück.<sup>81</sup>

#### **IV. Feststellung der Erwerbsfähigkeit**

##### **1. Kein gesonderter Feststellungsbescheid über die Erwerbsfähigkeit**

Über die Erwerbsfähigkeit wird im SGB II nicht isoliert und eigenständig, etwa durch Feststellungsbescheid, entschieden, sondern im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens, das mit dem Antrag auf Bewilligung von Leistungen nach dem SGB II beginnt. Der Bewilligungsbescheid stellt inzidenter die gegebene Erwerbsfähigkeit als Anspruchsvoraussetzung namentlich für Alg II fest; der ablehnende Bescheid stellt ggf. inzidenter das Fehlen von Erwerbsfähigkeit fest.<sup>82</sup>

<sup>78</sup> BayLSG, Urt. v. 26. 7. 2005 – L 6 R 684/04 –, juris, Rn. 30 a.E. = Breith. 2005, 933 (938).

<sup>79</sup> S. die Ausführungen, insb. den expliziten Verweis auf BSGE 80, 24 (34), in der Begr. zu § 43 SGB VI i.d.F. des Gesetzes zur Reform der Renten wegen verminderter Erwerbsfähigkeit vom 20. 12. 2000 (BGBl. I S. 1827), BT-Drucks. 14/4230, 25.

<sup>80</sup> *Blüggel*, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 44a Rn. 11: „eigene Einfärbung“; „Beurteilungsmaßstäbe (...) nicht notwendigerweise kongruent“; *Hammel*, Zu den Auswirkungen des SGB II und des SGB XII auf die Wohnungslosenhilfe, 2005, S. 21: „eine ein Stück weit eigenständige Umschreibung des Begriffs der Erwerbsfähigkeit“; *Mrozynski*, ZFSH/SGB 2004, 198 (201): „der Begriff der Erwerbsfähigkeit in § 8 SGB II (wird) eine eigene, zum Teil abweichende Entwicklung nehmen“.

<sup>81</sup> Unter IV. 3. b).

<sup>82</sup> *Geiger* (Fußn. 57), § 15 Rn. 41.

## 2. Medizinische Informationen im Rahmen des Sozialverwaltungsverfahrens

Da Alg II nur auf Antrag gewährt wird,<sup>83</sup> spielt der Antrag für den Fortgang des Verfahrens eine entscheidende Rolle. In den Durchführungshinweisen der BA heißt es, grundsätzlich sei von der Erwerbsfähigkeit auszugehen.<sup>84</sup> Nur bei Zweifeln, so die Durchführungshinweise weiter, sei „in der Regel“ ein Gutachten eines Arztes der Agentur für Arbeit bzw. eines Amtsarztes einzuholen,<sup>85</sup> an dessen Erstellung der Betroffene mitzuwirken verpflichtet ist.<sup>86</sup> D.h.: Die Amtsermittlungspflicht der Leistungsträger des SGB II wird erst ausgelöst, wenn es konkrete Hinweise auf die möglicherweise fehlende Erwerbsfähigkeit gibt.<sup>87</sup> Diese Zweifel kann der Betreffende zunächst so streuen, dass er in der entsprechenden Rubrik des Antragsbogens die Selbsteinschätzung abgibt, *nicht* erwerbsfähig zu sein.<sup>88</sup> Im Rahmen der allgemeinen verwaltungsverfahrensrechtlichen Mitwirkungspflicht<sup>89</sup> ist der Antragsteller gehalten – und sollte es im eigenen Interesse auch tun –, die damit gemeinten gesundheitlichen Beeinträchtigungen im Antrag mitzuteilen und durch vorhandene Unterlagen zu belegen.<sup>90</sup> Hierbei wird er zweckmäßigerweise, auch damit keine wertvolle Zeit unnötig verloren geht, auf alle ihm bekannten ärztlichen Informationen hinweisen. Selbst wenn sich aus diesen Informationen keine Erwerbsunfähigkeit ergeben sollte, können sie eine Rolle bei der Beurteilung der Zumutbarkeit einer Tätigkeit spielen.<sup>91</sup> Gewichtige Indizien für die Erwerbsunfähigkeit, auf die hingewiesen werden sollte, können z.B. eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung über eine voraussichtlich länger als sechs Monate andauernde Arbeitsunfähigkeit, eine entsprechende Prognose in einem auf Veranlassung der Krankenkasse eingeholten Gutachten des MDK, beantragte oder gewährte Leistungen wegen Pflegebedürftigkeit oder auch der vorangegangene Bezug von Leistungen nach § 125 SGB III (sog. Nahtlosigkeits-Regelung) sein.<sup>92</sup>

<sup>83</sup> § 37 I SGB II; hierzu *Link*, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 37 Rn. 4: „nur auf Antrag“.

<sup>84</sup> Durchführungshinweis 44a.2, zit. nach *Brühl/Hofmann* (Fußn. 61).

<sup>85</sup> Durchführungshinweis 44a.2, zit. nach *Brühl/Hofmann* (Fußn. 61).

<sup>86</sup> Vgl. § 62 I SGB I.

<sup>87</sup> Allg. zur Wirkungsweise der Amtsermittlungspflicht *Rixen*, in: LPK-SGB X, 2004, § 20 Rn. 2 ff., insb. Rn. 5.

<sup>88</sup> Vgl. den Antragsbogen (unter „II. Persönliche Verhältnisse“, Rubrik „Umfang der Erwerbsfähigkeit“): „Können Sie – Ihrer Einschätzung nach – mindestens drei Stunden täglich einer Erwerbstätigkeit auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt nachgehen?“. Das Antragsformular ist abrufbar unter <http://arbeitslosengeld2.arbeitsagentur.de/index2.php> (abgerufen am 27. 3. 2006).

<sup>89</sup> Vgl. § 21 II, 2 SGB X; außerdem – strikter – § 60 I 1 Nr. 1 SGB I.

<sup>90</sup> *Geiger* (Fußn. 57), § 15 Rn. 39.

<sup>91</sup> *Geiger* (Fußn. 57), § 15 Rn. 39, 49.

<sup>92</sup> Zuf. zur sog. Nahtlosigkeitsregelung *Klöcker*, NZS 2005, 181 ff.; s. auch *Blüggel*, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 44a Rn. 23 ff.

Allerdings sind vor allem vonseiten der Rentenversicherungsträger Zweifel daran geäußert worden, ob die Leistungsträger des SGB II über hinreichende ärztliche Expertise verfügen, Fragen der Erwerbsfähigkeit, die jedenfalls denen der vollen Erwerbsminderung sehr verwandt sind, zu beantworten.<sup>93</sup> Solche Bedenken sind nicht unplausibel, wenn man sich Erinnerung ruft, mit welchem – auch zeitlichen – Aufwand in der rentenversicherungsrechtlichen Praxis solche Begutachtungen erfolgen,<sup>94</sup> und wenn man weiter die quantitative personelle Ausstattung des medizinischen Dienstes der BA zur Kenntnis nimmt. In qualitativer Hinsicht stellt sich zudem die Frage, ob die erforderlichen sozialmedizinischen Standards gewahrt werden, und das gilt erst recht für die amtsärztlichen Dienste der Optionskommunen. Die Rentenversicherungsträger hoffen offenbar, dass ihre Expertise schon frühzeitig im Rahmen des jeweiligen SGB II-Verwaltungsverfahrens abgerufen wird, nicht zuletzt auch deswegen, damit das „komplizierte Einigungsstellenverfahren Theorie bleib(en)“<sup>95</sup> kann. Entsprechende Verfahrensabsprachen zwischen Rentenversicherungsträgern und BA, die es ja auch für ähnlich gelagerte Begutachtungssituation im Rahmen der sog. Nahtlosigkeitsregelung gibt,<sup>96</sup> sind offenbar schon getroffen worden.<sup>97</sup> Ob sie überall praktiziert werden, ist eine andere Frage. Im Übrigen bleibt das Problem der nicht nur rhetorischen, sondern real wirksamen Qualitätssicherung bei den kommunalen amtsärztlichen Dienste namentlich der Optionskommunen. Einen überaus hilfreichen Fragenkatalog, anhand dessen die Güte medizinischer Gutachten eingeschätzt werden kann, stammt von *Hartmut Kilger*.<sup>98</sup> Der „Schrecken vor dem medizinischen Gutachterwesen“<sup>99</sup>, wie *Kilger* es vor dem Hintergrund eigener beruflicher Erfahrung ausdrückt, lässt sich mit diesem Fragenkatalog eindeutig reduzieren, und zwar für Wissenschaft, Anwaltschaft und Richterschaft gleichermaßen.

---

<sup>93</sup> Vgl. *Göhde*, MittLVA Rheinprovinz 2005, 42 (44); s. auch *Krasney/Udsching*, Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, 4. Aufl. (2005), S. 105 (Rn. 131 a.E.), mit dem Hinweis, dass bei der Beurteilung der Erwerbsminderung die Bewertung der Einsatzfähigkeit durch den medizinischen Sachverständigen „eindeutig im Vordergrund“ stehe.

<sup>94</sup> *B. Schmidt*, NJ 2005, 11 (13 a.E.); *Brühl*, info also 2005, 104 (105).

<sup>95</sup> *Göhde*, MittLVA Rheinprovinz 2005, 42 (44).

<sup>96</sup> Vgl. die Verwaltungsvereinbarung zwischen BA und VDR zur Vermeidung von unterschiedlichen Beurteilungen der Leistungsfähigkeit eines Versicherten v. 14. 12. 2001, zit. nach: *Eicher/Schlegel*, SGB III, Stand: Februar 2006, Anhang zu § 125 SGB III.

<sup>97</sup> *Göhde*, MittLVA Rheinprovinz 2005, 42 (44).

<sup>98</sup> *Kilger*, in: *Kilger/B. Schmidt/Bünger*, Das sozialrechtliche Mandat, 2005, § 9 Rn. 28 ff.

<sup>99</sup> *Kilger* (Fußn. 98), § 9 Rn. 48.



### 3. Zur Bedeutung des Einigungsstellenverfahrens

#### a) Streitigkeiten zwischen Leistungsträgern

Die Klärung der medizinischen Lage insbesondere durch ärztliche Gutachten<sup>100</sup> steht auch im Mittelpunkt des sog. Einigungsstellenverfahrens. Grundsätzlich (s. § 44a S. 1 SGB II) entscheidet die Arbeitsagentur über die Erwerbsfähigkeit. Nach § 45 I 1 SGB II entscheidet aber eine gemeinsame Einigungsstelle namentlich bei Streitigkeiten über die Erwerbsfähigkeit mit einem Träger, der bei voller Erwerbsminderung zuständig wäre. Es handelt sich um einen rein internen Abstimmungs- und Entscheidungsprozess zwischen verschiedenen Leistungsträgern, dessen Ergebnis der Antragsteller nur im Rahmen eines Bewilligungs- bzw. Ablehnungsbescheids erfährt.<sup>101</sup> Die Irrungen und Wirrungen des Einigungsstellenverfahrens sind dogmatisch stark im Streit.<sup>102</sup> Mit Blick auf das Ziel der Ausführungen, den SGB II-eigenen Begriff der Erwerbsfähigkeit aufzuhellen, sollen aus der Fülle der Fragen zwei näher betrachtet werden. Zunächst: Muss der Begriff der Erwerbsfähigkeit im Sinne des § 8 I SGB II nicht vielleicht doch wegen der Nähe zum Rentenrecht, die im Einigungsstellenverfahren anklingt, ganz so wie im Rentenrecht verstanden werden? Und ferner: Welche Bewandnis hat es mit der Bindungswirkung der Entscheidung der Einigungsstelle für die beteiligten Träger, wenn die Begriffe Erwerbsfähigkeit und volle Erwerbsminderung *nicht* identisch ausfallen?

#### b) Kongruenz von Erwerbsfähigkeit und voller Erwerbsminderung gerade wegen des Einigungsstellenverfahrens?

Zur ersten Frage: Wie dargelegt, ist der Begriff der Erwerbsfähigkeit gemäß § 8 I SGB II richtigerweise eigenständig zu verstehen. Bei seiner Handhabung kann die Rechtsprechung zur Erwerbsminderungsrente jedoch ein *Anhaltspunkt* sein – mehr aber auch nicht. Das SGB II setzt den Begriff der Erwerbsfähigkeit auch nicht in den Vorschriften über die gemeinsame Einigungsstelle mit dem der vollen Erwerbsminderung gleich.<sup>103</sup> Es greift dort die unterschiedliche Begrifflichkeit nur auf, um die jeweils zuständigen Leistungsträger abstrakt zu bezeichnen, eben z.B. als solche, die bei voller Erwerbsminderung zuständig

<sup>100</sup> Vgl. § 6 Einigungsstellen-Verfahrensverordnung.

<sup>101</sup> Blüggel, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 44a Rn. 46.

<sup>102</sup> Vgl. insb. Blüggel, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 44a Rn. 1 ff.; dens., SGB 2005, 377 ff.; Berlitz, in: LPK-SGB II (Fußn. 33), § 44a Rn. 1 ff.

<sup>103</sup> Anders im SGB XII, wo das Gesetz ausdrücklich an die rentenrechtliche volle Erwerbsminderung anknüpft, vgl. § 41 I Nr. 1 SGB XII.

wären.<sup>104</sup> Dahinter steht die Einsicht, dass Erwerbsfähigkeit im SGB II und volle Erwerbsminderung im SGB VI (und daran anknüpfend im Sozialhilferecht) zwar eigenständige, aber doch verwandte Begriffe sind – wie einander weitgehend, aber nicht völlig überlappende Kreise –, deren medizinische Implikationen zudem in ähnlicher Weise festgestellt werden müssen, nämlich in aller Regel mittels sozialmedizinischer Expertise. Es bleibt aber dabei, dass das Einigungsverfahren auf den Begriff der Erwerbsfähigkeit im Sinne des § 8 I SGB II ausgerichtet bleibt; es geht, wie das SGB II unmissverständlich klarstellt, um eine „Streitigkeit über die Erwerbsfähigkeit“<sup>105</sup>, und die ist im Rahmen des SGB II in § 8 I legaldefiniert. Wenn man die Lage so sieht, dann wird das Einigungsstellenverfahren durchaus nicht „sinnentleert“<sup>106</sup>, sondern – im Gegenteil – es lässt sich gerade adäquat auf den Sinn des SGB II beziehen.

### c) Grenzen der Bindungswirkung

Die in der Einigungsstellen-Verordnung behauptete Bindungswirkung der beteiligten Träger erstreckt sich richtiger Ansicht nach *nicht* auf die Rentenversicherungsträger.<sup>107</sup> Dafür spricht zum einen, dass es im Rentenversicherungsrecht an einer Vorschrift fehlt, wie sie das Sozialhilferecht kennt, nämlich § 21 S. 2 SGB XII, die die Geltung des Einigungsstellenverfahrens gesetzlich vorgibt. Zum anderen spricht gegen die Bindungswirkung der verfassungsrechtliche Grundsatz des Gesetzesvorbehalts:<sup>108</sup> Würde man die Bindungswirkung ohne formellgesetzliche Grundlage auf die Rentenversicherungsträger erstrecken, verkürzte sich das Verwaltungsverfahren der Rentenversicherungsträger, soweit die medizinischen Fakten zum rentenrechtlichen Begriff der vollen Erwerbsminderung passten; der Rentenversicherungsträger müsste nur noch die versicherungsrechtlichen Voraussetzungen prüfen. Damit würde aber durch eine Verkürzung der Schutzwirkungen des Verwaltungsverfahrens in das Eigentumsgrundrecht des Versicherten eingegriffen, das auch seine Rentenanwartschaften erfasst.<sup>109</sup> Die Minimierung des verfahrensmäßigen Schutzes der Anwartschaft bedarf einer formell-gesetzlichen Legitimation, an der es fehlt, denn das SGB II selbst sieht eine für alle Sozialleistungsträger geltende Bindungswirkung gerade nicht vor. Die Regelung des § 8 I 5 Einigungsstellen-Verfahrensverordnung, wonach die Entscheidung

<sup>104</sup> Vgl. *Blüggel*, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 44a Rn. 10.

<sup>105</sup> § 45 I 1 SGB II.

<sup>106</sup> *Voelzke*, in: Hauck/Noftz/Voelzke (Fußn. 65), Einführung, Rn. 220 a.E.

<sup>107</sup> *Blüggel*, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 44a Rn. 11.

<sup>108</sup> Zum Folgenden *Blüggel*, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 44a Rn. 11.

<sup>109</sup> Zur verfahrensrechtlichen Seite des Art. 14 I GG bei Rentenanwartschaften BSGE 91, 1 (10) = SozR 4-2600 § 115 Nr. 1 m.w.N.; s. dazu auch *Blüggel*, in: Eicher/Spellbrink (Fußn. 4), § 44a Rn. 11.

der Einigungsstelle für die an der Entscheidung beteiligten Träger bindend sei, ist daher einschränkend auszulegen, so dass die Rentenversicherungsträger nicht erfasst sind.

#### 4. Begründungserfordernisse im Verwaltungsverfahren

Ein Bescheid, der die beantragten Leistungen nach dem SGB II wegen fehlender Erwerbsfähigkeit ablehnt, ist wie jeder Verwaltungsakt zu begründen. Unklar ist, inwieweit die tatsächlichen Gründe anzugeben, namentlich Begutachtungskriterien-, -befunde und -bewertungen zu erläutern sind.<sup>110</sup> § 35 I 2 SGB X verlangt, dass die „wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe, die die Behörde zu ihrer Entscheidung bewogen haben,“ benannt werden müssen. Was darunter zu verstehen ist, hängt sehr vom Einzelfall ab, insbesondere davon, was im Einzelfall entscheidungserheblich ist.<sup>111</sup> Je mehr die Erwerbsfähigkeit im Verwaltungsverfahren streitig war, desto intensiver ist darzulegen, wieso bspw. den vorgelegten ärztlichen Unterlagen des Antragstellers nicht gefolgt wurde. Im Zweifel sollte der Leistungsträger, der Erwerbsunfähigkeit annimmt, ausführlicher argumentieren, da dies in einem immer denkbaren sozialgerichtlichen Verfahren ohnehin erforderlich würde. Sinnvollerweise sollte der Leistungsträger die angewandten medizinischen Standards benennen, wie sie bspw. die Deutsche Gesellschaft für Sozialmedizin und Prävention für die sozialmedizinische Leistungsbeurteilung vorgelegt hat.<sup>112</sup> Für psychosomatische bzw. psychische Erkrankungen gibt es derartige Leitlinien medizinischer Fachgesellschaften, soweit ersichtlich, nicht.<sup>113</sup> Allerdings existieren Empfehlungen der Rentenversicherungsträger zur Beurteilung psychischer Störungen,<sup>114</sup> die auch für das SGB II herangezogen werden können. Nicht zuletzt, wenn es um psychische Störungen geht, sollte der Leistungsträger schon dadurch präventiv den denkbaren Vorwurf ausräumen, er nehme psychische Störungen nicht ernst. Dies gelingt am besten, wenn die entsprechenden Empfehlungen beachtet, umgesetzt und im Bescheid benannt werden.

---

<sup>110</sup> Bejahend *Brühl*, info also 2004, 104 (105).

<sup>111</sup> Vgl. zu § 39 VwVfG, der § 35 SGB X entspricht, *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 9. Aufl. (2005), § 39 Rn. 18 ff., insb. Rn. 21.

<sup>112</sup> *Tänzer*, ZfF 2005, 58 (59). – Die Leitlinien sind abrufbar unter <http://leitlinien.net> (abgerufen am 27. 3. 2006), Reg.-Nr. der Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften (AWMF) 074/001, 074/002, 074/004.

<sup>113</sup> *Tänzer*, ZfF 2005, 58 (59).

<sup>114</sup> *VDR* (Hrsg.), Empfehlungen für die sozialmedizinische Beurteilung psychischer Störungen (DRV-Schriften Bd. 30), Oktober 2001; hierzu *Brühl*, info also 2004, 104 (104 f.).

## 5. Keine Nachkontrolle der Erwerbsfähigkeit im Sinne des § 8 I SGB II durch andere Leistungsträger

Wurde Alg II bewilligt und damit die Erwerbsfähigkeit bejaht wird, sind andere Stellen, deren Leistungspflicht an den tatsächlichen Bezug von Alg II anknüpft,<sup>115</sup> etwa Krankenkassen, nicht befugt, die Erwerbsfähigkeit eigenständig zu überprüfen.<sup>116</sup> D.h. – so etwa das Landessozialgericht NRW –: Wenn Alg II bewilligt und offenkundig laufend gezahlt, also in diesem Sinne bezogen wird, dann sind die Träger der gesetzlichen Krankenversicherung daran gebunden.<sup>117</sup> Auf die Rechtmäßigkeit der Bewilligung kommt es nicht an; allein der tatsächliche Bezug genügt.<sup>118</sup>

## V. Resümee

Es besteht wohl kein Streit darüber, dass die Hartz IV-Reform „von Anfang an (...) an zu vielen hausgemachten Unbekannten und Unwägbarkeiten gelitten“<sup>119</sup> hat und noch leidet. Der „schwierige Bereich der Abgrenzung zwischen erwerbsfähigen und erwerbsunfähigen Arbeitssuchenden“<sup>120</sup> gehört dazu. Es wäre eine große Hilfe für die Praxis, könnte sich der Gesetzgeber, der jüngst ein sog. „Optimierungsgesetz“<sup>121</sup> zum SGB II angekündigt hat, entscheiden, kleinere und größere Übel der gegenwärtigen Gesetzeslage zu beseitigen. Zum einen müsste unmissverständlich normiert werden, wie nah sich die Erwerbsfähigkeit im Sinne des § 8 I SGB II und der rentenrechtliche Begriff der vollen Erwerbsminderung stehen. Zum anderen sollte das Einigungsstellenverfahren korrigiert werden, damit vor allem über die Bindungswirkung der Rentenversicherungsträger kein Streit mehr entstehen kann.<sup>122</sup>

<sup>115</sup> Vgl. § 5 I Nr. 2a SGB V, § 3 S. 1 Nr. 3a SGB VI, § 20 I 2 Nr. 2a SGB XI.

<sup>116</sup> SG Freiburg, Beschl. v. 9. 3. 2005 – S 11 KR 572/05 ER –, ZfF 2005, 234 (234); SG Dortmund, Beschl. v. 19. 10. 2005 – S 40 KR 206/05 ER – (abrufbar unter [www.sozialgerichtsbarkeit.de](http://www.sozialgerichtsbarkeit.de)) m. Anm. *Korthus*, das Krankenhaus 2/2006, 134; LSG NRW, Beschl. v. 19. 5. 2005 – L 5 B 17/05 KR ER – (abrufbar unter [www.sozialgerichtsbarkeit.de](http://www.sozialgerichtsbarkeit.de)); s. auch LSG Niedersachsen-Bremen, Beschl. v. 19. 4. 2005 – L 4 KR 42/05 ER – (abrufbar unter [www.sozialgerichtsbarkeit.de](http://www.sozialgerichtsbarkeit.de)).

<sup>117</sup> LSG NRW, Beschl. v. 19. 5. 2005 – L 5 B 17/05 KR ER – (abrufbar unter [www.sozialgerichtsbarkeit.de](http://www.sozialgerichtsbarkeit.de)).

<sup>118</sup> Man kann „Bezug“ auch weiter verstehen und schon das Bestehen eines Anspruchs auf Alg II genügen lassen, weil andernfalls der Versicherungsschutz davon abhinge, wann der zuständige Sachbearbeiter über den Anspruch entscheidet, vgl. *Kruse*, in: LPK-SGB V, 2. Aufl. (2003), § 5 Rn. 17 (zu § 5 I Nr. 2 SGB V); BSG, SozR 4100 § 159 Nr. 5.

<sup>119</sup> So der Abg. *Garg* im schleswig-holsteinischen Landtag, Plenarprotokoll 16/13 vom 9. 11. 2005, S. 839. – Zahlreiche Nachweise zu gesetzessprachlichen und rechtstechnischen Merkwürdigkeiten bei *Kunkel*, ZfF 2005, 33 f.; *dems.*, info also 2005, 17.

<sup>120</sup> *B. Schmidt*, NZS 2006, 26.

<sup>121</sup> So die Ankündigung des Parlamentarischen Staatssekretärs im BMAS *Andres*, BT-Plenarprot. 16/20 vom 17. 2. 2006, S. 1499 (B) anlässlich der abschließenden Beratung des 1. SGG-ÄndG.

<sup>122</sup> Auf andere änderungsbedürftige Aspekte des § 44a SGB II hat z.B. schon vor einiger Zeit der *Deutsche Verein für öffentliche und private Fürsorge* hingewiesen, NDV 2005, 261 (264); NDV 2005, 264 (265).

Vielleicht gelingt dem Gesetzgeber, wenn er sich neuerlich ans Reformieren und Optimieren, ans Nachdenken und „Nachbessern“ macht, dann noch überzeugender, was Not tut: der Hoffnung arbeitsloser Menschen nicht mit rechtstechnischen Barrieren im Wege zu stehen.