

geber zu erbringende Nachweis, dass die böswillig unterlassene Nichtmeldung **tatsächlich** zu einem Verdienstentgang geführt hat.

Zunächst ist daher zu beachten, dass nach dem eingangs geschilderten Arbeitsuchend-Meldeverfahren erst das Beratungs- und Vermittlungsgespräch nach § 38 Abs. 1a SGB III den Vermittlungsvorgang auslöst<sup>26</sup>. Der Termin wird von der Behörde festgelegt und kann ohne Verschulden des Gekündigten u.U. einige Zeit nach Erklärung der Kündigung und ggf. nach Eintritt der Beschäftigungslosigkeit liegen.

Sodann müssen die unterbreiteten Stellenangebote sorgfältig darauf geprüft werden, ob sie nach arbeitsrechtlichen Grundsätzen zumutbar sind und potentiell zu einer Einstellung hätten führen können. Bei personen- oder verhaltensbedingten Kündigungen sind die Chancen auf eine Einstellung zu zumutbaren Bedingungen bei Offenlegung der Kündigungsgründe gering.

Sollte der Fall so liegen, dass ein Stellenangebot der AA nach § 140 SGB III unzumutbar, nach § 11 KSchG aber zumutbar ist, kann sich der Arbeitgeber auf unrechtmäßiges Verhalten der AA nicht berufen.

## Fazit

In der Regel werden die vom BAG in der Entscheidung vom 12.10.2022<sup>27</sup> entwickelten Maßstäbe zur Prüfung eines böswillig unterlassenen Verdienstes zu sachgerechten Ergebnissen

26 Zur notwendigen Prüfung des Beginns der Vermittlungstätigkeit s. BAG vom 12.10.2022 – 5 AZR 30/22

27 5 AZR 30/22

führen. Die Einbeziehung sozialrechtlich beachtlicher Gründe, warum in der Phase des Annahmeverzugs die Vermittlungsdienste der AA nicht oder noch nicht im Rahmen einer förmlichen Arbeitsuchend- oder Arbeitslos-Meldung in Anspruch genommen werden bzw. wurden, hilft zu vermeiden, aus einer fehlenden Meldung voreilige Schlüsse zu Lasten des Verzugslohnanspruchs zu ziehen.

Nehmen Personen bei anhängiger Kündigungsschutzklage die Vermittlungsdienste der AA oder eines Jobcenters in Anspruch, sollte der Hinweis darauf erfolgen, dass sie bei Streit über Verzugslohnansprüche ggf. Auskunft über die Art und Zahl der unterbreiteten Stellenangebote und des Ergebnisses der Bewerbungen geben müssen. Im Fall der Gleichwohlgewährung sichern den Erhalt des Alg-Anspruchs, der im Umfang der realisierten Verzugslohns wieder aufgefüllt wird. Behauptet der Arbeitgeber eine böswillige Vereitelung zumutbarer Stellenangebote, trifft die Arbeitslosen die Darlegungs- und Beweislast, weshalb es nicht zu einem Vertragsschluss gekommen ist oder ein solcher unzumutbar war. Dies wird die AA oder die Jobcenter häufig davon abhalten, den kraft Gleichwohlgewährung auf die Behörde übergegangenen Lohnanspruch (§ 115 SGB X) selbst vor Gericht geltend zu machen<sup>28</sup>. Soweit der Entgeltanspruch nicht auf die AA oder das Jobcenter übergegangen ist, sind die Alg-Empfänger legitimiert, Zahlung des Verzugslohns an sich, im Übrigen an die Behörde, einzuklagen<sup>29</sup>.

28 Nach BSG vom 29.11.1988 – 11/7 RAr 79/87 ist die AA nicht zur Durchführung einer Klage verpflichtet (a.A. LSG Niedersachsen-Bremen vom 3.9.2009 – L 12 AL 46/07; HessLSG vom 2.9.2011 – L 9 AL 107/09)

29 BAG vom 1.9.2010 – 5 AZR 700/09

## Erzwungene Frühverrentung eines Arbeitslosen und die Unwägbarkeiten einer Aufforderung nach § 145 Abs. 2 Satz 1 SGB III:

zugleich Anmerkung zum Urteil des LSG Baden-Württemberg vom 25.1.2023 – L 3 AL 1521/22

Jens-Torsten Lehmann\*

Die finanzielle Absicherung langzeiterkrankter Menschen gleicht einem „sozialrechtlichen Flipperspiel“<sup>1</sup>, dem die Betroffenen oft ohnmächtig gegenüberstehen. Sie haben das Gefühl von einem Leistungsträger zum anderen verschoben („geflippert“) zu werden: angefangen von der Krankenkasse (KK), der Bundesagentur für Arbeit (BA) bis zum Träger der Rentenversicherung (RV). Dies führt neben der Sorge um die eigene Genesung zu einer erheblichen Verunsicherung. Zwar gibt es in Deutschland ein relativ gutes soziales Auffangnetz.

Allerdings ist dieses Netz an einigen Stellen besonders löchrig. Wer Pech hat, kann – wie der Besprechungsfall zeigt – viel Geld verlieren<sup>2</sup>.

Doch der Reihe nach: Der klassische Weg eines Menschen mit einer Langzeiterkrankung beginnt mit der Lohnfortzahlung (6 Wochen), führt über das Krankengeld (Krg = 72 Wochen) und anschließend dem Arbeitslosengeld (Alg = 6-24 Monate). Danach tut sich ein Abgrund auf. Entweder muss jetzt eine Rente her oder es droht „Hartz IV“ (nunmehr: Bürgergeld). Da die Höhe der Erwerbsminderungsrente (EM-Rente) in den meisten Fällen niedriger ist als das gezahlte Krg oder Alg,

\* Dr. Jens-Torsten Lehmann ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Sozialrecht in Cottbus.

1 Hülsebus, Der Betriebsrat 2019, 17, 18 verwendet dieses sehr anschauliche Bild.

2 Im LSG-Fall geht es immerhin um 150 EUR pro Monat.

sind die Betroffenen häufig daran interessiert, die jeweiligen Ansprüche im momentan „aktiven“ System (Krg und Alg) auszuschöpfen. Dies ist ein Grund für das „Flipperspiel“.

Sobald die Zahlung von Krg läuft, ist der Flipper „scharf“ gestellt. Anders ausgedrückt: Die KK kann<sup>3</sup> nunmehr die Versicherten auffordern, bei der RV einen Antrag auf Reha-Leistungen zu stellen. Sollte der Antrag innerhalb von 10 Wochen nicht gestellt werden, wird mit dem Verlust des Krg gedroht. Zudem schränkt die KK zusammen mit der Reha-Aufforderung regelmäßig auch das Gestaltungsrecht für die Langzeiterkrankten ein. Dies bedeutet: Ist die RV der Meinung, dass die Versicherten voraussichtlich auf Dauer weniger als 3 Stunden täglich irgendeiner Arbeit nachgehen können, wird der Reha-Antrag automatisch in einen Antrag auf EM-Rente umgewandelt. Die Betroffenen können bei dieser Entscheidung nur noch sehr eingeschränkt mitreden<sup>4</sup>.

Sollte die KK von der Möglichkeit des „Abdrängens“ in die EM-Rente während der Krg-Zahlung keinen Gebrauch machen, ist es denkbar, dass das Thema Reha nach der sogenannten Aussteuerung noch einmal aktuell wird. Spätestens wenn die Betroffenen Alg nach der Nahtlosigkeitsregelung<sup>5</sup> beantragen, beginnt der Flipper wieder unruhig zu zucken. Die Regelung selbst ist eigentlich eine gute Sache. Denn hierdurch wird sichergestellt, dass Langzeiterkrankte zwischen dem Krg und einer möglichen EM-Rente „nahtlos“ Geld erhalten, also nicht zwischen den Stühlen landen<sup>6</sup>. Gleichwohl: Nach der Beantragung von Alg auf dieser Grundlage meldet sich regelmäßig die BA. Die Betroffenen werden dann aufgefordert, einen Reha-Antrag zu stellen: diesmal binnen 1 Monats<sup>7</sup>. Kommen sie dieser Aufforderung nicht nach, gibt es kein Alg. Was passiert, wenn sie der Aufforderung folgen, hängt vom Ausgang des Reha-Verfahrens ab. Wenn die RV feststellt, dass der Arbeitslose tatsächlich weniger als 3 Stunden am Tag arbeiten kann, wird der Reha-Antrag in einen Antrag auf EM-Rente umgedeutet.

Eine solche zwangsweise Frühverrentung kann – wie der LSG-Fall illustriert – mit erheblichen Einkommenseinbußen verbunden sein. Nachfolgend geht es in II. bis IV. zunächst darum, die Vorschrift des § 145 Abs. 2 SGB III im Einzelnen zu beleuchten, um Verständnis für die Grundstruktur zu schaffen und damit auch eine solide Grundlage für die Entscheidung in Zweifelsfällen. Sodann wird in V. näher untersucht, ob das für den Kläger unglückliche Ergebnis durch alternative Handlungen vor, während und nach dem Verfahren vermeidbar gewesen wäre.

3 § 51 Abs. 1 Satz 1 SGB V gibt der KK hier einen Ermessensspielraum.

4 Vertiefend zur eingeschränkten Dispositionsbefugnis eines Versicherten bei der Stellung eines Reha- oder Rentenanspruches Rieker, RV 2013, 1 ff.

5 § 145 Abs. 1 Satz 1 SGB III.

6 Vertiefend zur Absicherung Arbeitsloser bei Arbeitsunfähigkeit Geiger, info also 2015, 151 ff. und Winkler, info also 2017, 106 ff. zu Leistungslücken zwischen Arbeitslosenversicherung, Krankenversicherung und Rentenversicherung.

7 Nach § 145 Abs. 2 Satz 1 SGB III hat die BA bei dieser Aufforderung – anders als die KK bei § 51 Abs. 1 Satz 1 SGB V – keinen Ermessensspielraum.

## I. Bescheidlage und Zeitachse

| Zeitachse                           | Krankenkasse = KK | Bundesagentur für Arbeit = BA                 | Rentenversicherung = RV                       | Kläger  |
|-------------------------------------|-------------------|---|---|---|
| 15.5.2017 bis 30.9.2018             | Krg-Bewilligung   |   |   |   |
| Bescheid vom 12.9.2018              |                   | Alg-Bewilligung vom 1.10.2018 bis 30.9.2020   |   |   |
| Bescheid vom 12.9.2018              |                   | Aufforderung nach § 145 Abs. 2 SGB III        |   | Kein Widerspruch  |
| 1.10.2018                           |                   |   | Tatsächlicher EM-Rentenbeginn                 |   |
| 15.10.2018                          |                   |   |   | Reha-Antrag   |
| Bescheid vom 30.11.2018             |                   |   | Ablehnung Reha Umdeutung in EM-Rentenanspruch |   |
| 1.1.2019                            |                   |   | Gewünschter EM-Rentenbeginn                   |   |
| „Schreiben“ vom 29.4.2019           |                   | Keine Zustimmung zur EM-Rente ab dem 1.1.2019 |   |   |
| „Schreiben“ vom 19.6.2019           |                   |   | Volle EM-Rente auf Dauer ab dem 1.10.2018     | Kein Widerspruch  |
| Bescheid vom 1.7.2019               |                   | Alg-Aufhebung ab dem 1.7.2019                 |   | Kein Widerspruch  |
| 15.10.2020                          |                   |   |   | Antrag auf Rückübertragung des Dispositionsrechtes gegenüber der BA |
| Bescheid vom 19.10.2020             |                   | Ablehnung des Antrages auf Rückübertragung    |   |   |
|                                     |                   |   |   | Widerspruch   |
| Widerspruchsbescheid vom 25.11.2020 |                   | Ablehnung des Antrages auf Rückübertragung    |   |   |
|                                     |                   |   |   | Klage und Berufung  |

## II. § 145 Abs. 2 SGB III

### 1. Wortlaut

Die Agentur für Arbeit hat die leistungsgeminderte Person unverzüglich aufzufordern, innerhalb eines Monats einen Antrag auf Leistungen zur medizinischen Rehabilitation oder zur Teilhabe am Arbeitsleben zu stellen. Stellt sie diesen Antrag fristgemäß, so gilt er im Zeitpunkt des Antrags auf Alg als gestellt. Stellt die leistungsgeminderte Person den Antrag nicht, ruht der Anspruch auf Alg vom Tag nach Ablauf der Frist an bis zum Tag, an dem sie einen Antrag auf Leistungen zur medizinischen Rehabilitation oder zur Teilhabe am Arbeitsleben

oder einen Antrag auf Rente wegen Erwerbsminderung stellt. Kommt die leistungsgeminderte Person ihren Mitwirkungspflichten gegenüber dem Träger der medizinischen Rehabilitation oder der Teilhabe am Arbeitsleben nicht nach, so **ruht der Anspruch auf Alg von dem Tag nach Unterlassen der Mitwirkung** bis zu dem Tag, an dem die Mitwirkung nachgeholt wird. Satz 4 gilt entsprechend, wenn die leistungsgeminderte Person durch ihr Verhalten die Feststellung der Erwerbsminderung verhindert.

## 2. Normzweck

§ 145 Abs. 1 Satz 1 SGB III enthält eine vorläufige Leistungsverpflichtung der BA, die dem Schutz von gesundheitlich nur eingeschränkt leistungsfähigen Arbeitslosen dient. Es soll verhindert werden, dass widersprüchliche Beurteilungen der Leistungsfähigkeit durch die BA und der RV „auf dem Rücken“ der Langzeiterkrankten ausgetragen werden<sup>8</sup>. Neben dieser subjektiven Schutzfunktion hat die flankierende Regelung in § 145 Abs. 2 SGB III zwei objektive Zielsetzungen. Zum einen soll hierdurch die doppelte Gewährung von Sozialleistungen (Alg und Rente) vermieden werden. Zum anderen soll eine sachgerechte Abgrenzung von Arbeitslosen- und Rentenversicherung sichergestellt werden<sup>9</sup>. § 145 Abs. 2 SGB III gibt der BA einen „Werkzeugkasten“ von Möglichkeiten an die Hand, um entsprechende Feststellungen im Nahtlosigkeitsverfahren erzwingen zu können, insbesondere wenn der Arbeitslose seine Mitwirkungspflichten im Verfahren gegenüber der RV zur Aufklärung seiner Restleistungsfähigkeit „vernachlässigt“.

Zu Recht weist das LSG Baden-Württemberg darauf hin, dass die Aufforderung zur Antragstellung nach § 145 Abs. 2 Satz 1 SGB III nicht – wie die Parallelvorschrift in § 51 Abs. 1 Satz 1 SGB V – der Klärung eines Vorrang- und Nachrangverhältnisses von KK und RV dient, sondern der Zuordnung zu einem von mehreren sich gegenseitig ausschließenden Leistungsfällen. Mit anderen Worten: Die Voraussetzungen für die Gewährung von subsidiär zu zahlendem Krg und vorrangig zu zahlender EM-Rente können sowohl als auch erfüllt sein. Die Gewährung von Alg steht demgegenüber zur EM-Rente in einem Entweder-oder-Verhältnis.

## 3. Systematik

Eine dem § 145 Abs. 1 SGB III nachempfundene Nahtlosigkeitsregelung findet sich im Grundsicherungsrecht. Hier soll § 44a Abs. 1 Satz 7 SGB II den Hilfebedürftigen bis zur abschließenden Klärung der Erwerbsfähigkeit einen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II einräumen und so verhindern, dass sich ein Zuständigkeitsstreit zu ihren Lasten auswirkt<sup>10</sup>.

Mit der Mussvorschrift in § 145 Abs. 2 SGB III vergleichbar ist die Ermessensnorm in § 51 Abs. 1 Satz 1 SGB V. Danach

kann die Krankenkasse Versicherten, deren Erwerbsfähigkeit nach ärztlichem Gutachten erheblich gefährdet oder gemindert ist, eine Frist von 10 Wochen setzen, innerhalb der sie einen Antrag auf Leistungen zur medizinischen Rehabilitation und zur Teilhabe am Arbeitsleben zu stellen haben<sup>11</sup>.

Im systematischen Kontext zu § 145 Abs. 2 SGB II steht die Vorschrift des § 116 Abs. 2 SGB VI. Danach gilt – dies wird im LSG-Fall relevant – ein gestellter Antrag von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation oder zur Teilhabe am Arbeitsleben unter bestimmten Voraussetzungen als Rentenanspruch.

## III. Tatbestandsvoraussetzungen

### 1. Die Aufforderung – Formelle Anforderungen

#### a) Rechtsqualität – Belastender Verwaltungsakt

Die Aufforderung der BA ist ein belastender Verwaltungsakt. Die dort getroffene Regelung löst mit dem Ruhen des Anspruchs auf Alg einschneidende Rechtsfolgen aus<sup>12</sup>. Gleichwohl ist der Arbeitslose dem Vorgehen der BA nicht schutzlos ausgeliefert. Er kann Widerspruch einlegen. Die BA ist dann gezwungen, sich noch einmal in einem förmlichen Verfahren mit der Rechtmäßigkeit der Aufforderung zu beschäftigen.

Ohne Anordnung der sofortigen Vollziehung hat ein solcher Widerspruch aufschiebende Wirkung<sup>13</sup>. Dies ist für die Betroffenen eine gute Sache. Denn es bedeutet: Eine Aufforderung in Kombination mit einem Widerspruch und einer nachfolgenden Klage entfaltet keinerlei Rechtswirkungen. Sie ist nicht zu beachten. Mit anderen Worten: Während der Dauer des Widerspruchs- und Klageverfahrens muss der Arbeitslose keinen Reha-Antrag stellen. Nachteilige Folgen muss er nicht befürchten. Auch nach Ablauf der Monatsfrist hat ihm die BA sein Alg weiter zu gewähren.

#### b) Anhörung vor Erlass der Aufforderung

Vor Erlass der Aufforderung muss nach § 24 SGB X ein Anhörungsverfahren durchgeführt werden<sup>14</sup>. Leider geschieht dies in der Praxis fast nie. Dieses Unterlassen macht die Aufforderung zwar formell rechtswidrig, führt gleichwohl nicht zu deren Aufhebung. Die versäumte Anhörung der BA kann durch das nachfolgende Widerspruchsverfahren und im Zweifel noch bis zur letzten Tatsacheninstanz geheilt werden<sup>15</sup>.

8 Aubel, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB III, 3. Auflage, § 145 SGB III (Stand: 15.1.2023), Rn. 16; Lauer, in: Heinz/Schmidt-De Caluwe/Scholz, SGB III, 7. Auflage 2021, § 145 Rn. 8, 21.

9 Aubel, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB III, 3. Auflage, § 145 SGB III (Stand: 15.1.2023), Rn. 20; Lauer, in: Heinz/Schmidt-De Caluwe/Scholz, SGB III, 7. Auflage 2021, § 145 Rn. 10, 21.

10 Brems, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB II, 5. Auflage, § 44a (Stand: 16.1.2023), Rn. 31.

11 Aubel, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB III, 3. Auflage, § 145 SGB III (Stand: 15.1.2023), Rn. 4.

12 Aubel, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB III, 3. Auflage, § 145 SGB III (Stand: 15.1.2023), Rn. 50; zur Parallelvorschrift in § 51 Abs. 1 Satz 1 SGB V Rieker, RV 2013, 1, 2.

13 Aubel, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB III, 3. Auflage, § 145 SGB III (Stand: 15.1.2023), Rn. 51.

14 Lüdtko und Böttiger, in: Böttiger/Körtek/Schaumberg, SGB III, 3. Auflage 2019, § 145 Rn. 17; zur Parallelvorschrift in § 51 Abs. 1 Satz 1 SGB V Rieker, RV 2013, 1, 2 f.

15 Speziell zu § 51 Abs. 1 Satz 1 SGB V Rieker, RV 2013, 1, 6; vertiefend zur Anhörungspflicht und zur Heilung eines Anhörungsmangels im Allgemeinen Bienert, info also 2011, 118 ff.

Eine Heilung im Widerspruchsverfahren kann – losgelöst vom Erfolg in der Hauptsache – einen Kostenerstattungsanspruch nach § 63 Abs. 1 Satz 2 SGB X begründen<sup>16</sup>. Bei einer Heilung des Anhörungsmangels im Klageverfahren mit anschließender Erledigungserklärung hat die BA nach § 193 SGG die außergerichtlichen Kosten in der Regel in voller Höhe zu tragen<sup>17</sup>. Wenn – was in der Praxis leider häufig geschieht – der Arbeitslose vor einer Aufforderung bereits freiwillig eine Reha- bzw. EM-Renten Antrag gestellt hat, ist dies bei fehlender Anhörung für die BA nicht nur peinlich, sondern auch kostenrechtlich riskant, ganz zu schweigen von der nachhaltigen Beschädigung des Vertrauens zwischen dem Arbeitslosen und der BA.

## 2. Die Aufforderung – Materiell-rechtliche Anforderungen

### a) Antrag auf Leistungen zur medizinischen Reha

Die BA fordert leistungsgeminderte Personen gelegentlich auf, direkt einen EM-Renten Antrag zu stellen bzw. alternativ zum Reha-Antrag einen solchen EM-Renten Antrag auf den Weg zu bringen. Da § 145 Abs. 2 Satz 1 SGB III gerade keine Verpflichtung zur Stellung eines solchen EM-Renten Antrages vorsieht, kann diese Aufforderung ohne Risiko ignoriert werden. Ob eine solche Aufforderung lediglich als überschießende Empfehlung zu verstehen ist oder ob sie den Verwaltungsakt auch inhaltlich angreifbar macht, ist – soweit ersichtlich – in Rechtsprechung und Literatur noch nicht vertiefend diskutiert worden. Es spricht viel dafür, wegen der weitreichenden Folgen für den Arbeitslosen die Aufforderung in einem solchen Bescheid nicht nur geltungserhaltend auf das vom Wortlaut gedeckte Maß zu reduzieren, sondern gänzlich als rechtswidrig einzustufen<sup>18</sup>.

### b). Monatsfrist

Entschließt sich die BA dazu, eine Aufforderung zum Reha-Antrag auszusprechen, hat der Arbeitslose von diesem Zeitpunkt an eine Frist von 1 Monat zu beachten. Innerhalb dieser Frist ist der Antrag zu stellen. Das kann auch noch am letzten Tag der Frist geschehen. Die Frist beginnt mit dem Tag nach Bekanntgabe. Die postalische Bekanntgabe gilt nach § 37 Abs. 2 Satz 1 SGB X mit dem 3. Tag nach Aufgabe zur Post als erfolgt<sup>19</sup>.

Die Monatsfrist kann von der BA weder verkürzt noch verlängert werden<sup>20</sup>. Sie ist ausreichend bestimmt anzugeben und muss hinsichtlich ihres Endes vom Arbeitslosen eindeutig bestimmbar sein.

### c) Rechtsfolgenbelehrung durch die BA

Zwar wird eine schriftliche Rechtsfolgenbelehrung nach dem Wortlaut des § 145 Abs. 2 Satz 1 SGB III nicht ausdrücklich verlangt. Gleichwohl sind sich Rechtsprechung und Literatur darüber einig, dass eine solche Belehrung – wie bei § 51 Abs. 1 Satz 1 SGB V – als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal in die Vorschrift hineinzulesen ist<sup>21</sup>. Abgeleitet wird dies unter anderem aus den Vorgaben der vergleichbaren Vorschrift in § 66 Abs. 3 SGB I. Inhaltlich muss dem Arbeitslosen klar vor Augen geführt werden, was von ihm in welchem Zeitrahmen verlangt wird und welche (Rechts-)Folgen ihm bei unterlassener Antragstellung und Mitwirkung drohen. Die BA hat hier erhöhte Beratungspflichten<sup>22</sup>.

Eine gänzlich fehlende oder ungenügende Rechtsfolgenbelehrung macht die Aufforderung in § 145 Abs. 2 Satz 1 SGB II rechtswidrig<sup>23</sup>. Unterbliebene Hinweise der BA in der Rechtsfolgenbelehrung muss sich die RV über den Herstellungsanspruch mit der Folge zurechnen lassen, dass der Arbeitslose so zu stellen ist, als wäre er ordnungsgemäß beraten worden<sup>24</sup>.

## IV. Rechtsfolgen

Die BA informiert die RV regelmäßig über die Aufforderung zur Stellung eines Reha-Antrags. Für den Arbeitslosen hat dies unangenehme Folgen. Denn nunmehr kann er das weitere Vorgehen mit der RV nur noch eingeschränkt selbst steuern. So konnte beispielsweise auch der Kläger im LSG-Fall nach einer Umdeutung seines Reha-Antrages nolens volens eine zwangsweise Frühverrentung nicht mehr verhindern.

### 1. Fristgerechte Antragstellung

#### a) Reha- oder EM-Renten Antrag bereits gestellt

Ob ein bereits freiwillig gestellter Reha- oder EM-Renten Antrag eine weitere Aufforderung der BA nach § 145 Abs. 2 Satz 1 SGB III ausschließt oder ein „Nachschieben“ der Aufforderung noch möglich ist, ist umstritten. Die Frage taucht in der Praxis immer dann auf, wenn zu prüfen ist, ob der Arbeitslose durch die „nachgeschobene“ Aufforderung sein Dispositionsrecht verlieren kann. Oder anders gefragt: Darf der Langzeiterkrankte seinen bereits gestellten Antrag gegenüber der RV ohne Zustimmung der BA noch zurücknehmen oder inhaltlich beschränken?

16 Bienert, info also 2011, 118, 123; Rieker, RV 2013, 1, 6; Kunz, ASR 2020, 159 ff. zum Kostenerstattungsanspruch nach § 63 Abs. 1 Satz 2 SGB X bei materiell-rechtlich erfolglosem Widerspruch.

17 Bienert, info also 2011, 118, 123.

18 So Behrend, in: Eicher/Schlegel, SGB III, § 145 Rn. 91 (Stand: 1.7.2013) zur grundsätzlich möglichen Erklärung des Arbeitslosen gegenüber der RV, sein Reha-Antrag solle nicht als Renten Antrag gelten.

19 Aabel, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB III, 3. Auflage, § 145 SGB III (Stand: 15.1.2023), Rn. 51; Lüdtko und Böttiger, in: Böttiger/Körtek/Schaumberg, SGB III, 3. Auflage 2019, § 145 Rn. 18.

20 Lauer, in: Heinz/Schmidt-De Caluwe/Scholz, SGB III, 7. Auflage 2021, § 145 Rn. 22.

21 Lauer, in: Heinz/Schmidt-De Caluwe/Scholz, SGB III, 7. Auflage 2021, § 145 Rn. 24; Lüdtko und Böttiger, in: Böttiger/Körtek/Schaumberg, SGB III, 3. Auflage 2019, § 145 Rn. 18.

22 Behrend, in: Eicher/Schlegel, SGB III, § 145 Rn. 103 (Stand: 1.7.2013); Lauer, in: Heinz/Schmidt-De Caluwe/Scholz, SGB III, 7. Auflage 2021, § 145 Rn. 24.

23 Behrend, in: Eicher/Schlegel, SGB III, § 145 Rn. 105 (Stand: 1.7.2013).

24 So Rieker, RV 2013, 1, 4 zur Parallelvorschrift in § 51 Abs. 1 Satz 1 SGB V.

Der nach wie vor fortbestehende Zweck der Aufforderung, die Dispositionsfreiheit der leistungsgeminderten Person bei Vorliegen der Voraussetzungen in § 116 Abs. 2 SGB VI einzuschränken, spricht für die Zulässigkeit eines „Nachschiebens“<sup>25</sup>. Dann muss dieser Zweck im Aufforderungsbescheid aber auch hinreichend deutlich gemacht werden<sup>26</sup>. Gegen die Zulässigkeit eines „Nachschiebens“ spricht der Wortlaut von § 145 Abs. 2 Satz 1 SGB III, der denknötwendig eine Aufforderung überflüssig macht, wenn der Antrag bereits gestellt worden ist<sup>27</sup>. Jedenfalls wenn der Arbeitslose gegenüber der RV bereits vor einer Aufforderung der BA disponiert (widersprochen, eingeschränkt) hat, ist ein „Nachschieben“ ausgeschlossen. Ein solcher Aufforderungsbescheid, verbunden mit der rückwirkenden Einschränkung des Dispositionsrechtes, würde ins Leere laufen<sup>28</sup>.

### b) Reha-Antrag wird in EM-Rentantrag „umgewandelt“

Stellt der Langzeiterkrankte nach einer Aufforderung der BA einen Reha-Antrag, prüft die RV die Voraussetzungen für einen solchen Anspruch. Hält sie eine Reha für nicht erfolgversprechend, wird „automatisch“ ein Rentenverfahren eingeleitet. Rechtsgrundlage hierfür ist § 116 Abs. 2 SGB VI, der einen Rentenantrag fingiert. Im EM-Rentenverfahren wird geprüft, ob, ab wann und in welcher Höhe dem Betroffenen eine Rente zuzubilligen ist. In jedem Fall wird am Ende des Verfahrens ein schriftlicher Bescheid durch die RV erlassen.

Der für den Rentenbeginn maßgebliche Rentenantrag wird nach § 145 Abs. 2 Satz 2 SGB III fiktiv auf den Zeitpunkt der Arbeitslosmeldung vorverlegt. Dies kann für den Versicherten bei einer hohen EM-Rente vorteilhaft sein, weil so ein frühzeitiger Rentenbeginn ermöglicht wird. Wenn die EM-Rente niedriger ist als das Alg, ist ein vorverlegter Rentenantrag indes für ihn wirtschaftlich nachteilig<sup>29</sup>.

### c) Einschränkung der Dispositionsfreiheit versus berechtigtes Interesse

Ein fiktiver Rentenantrag kann grundsätzlich noch bis zur Bestandskraft des Rentenbescheids zurückgenommen werden<sup>30</sup>. Im Krankenversicherungsrecht ist diese Freiheit nach der Rechtsprechung des BSG<sup>31</sup> indes beschränkt, wenn die KK den Versicherten nach § 51 Abs. 1 Satz 1 SGB V wirksam zur Stellung

eines Reha-Antrags aufgefordert hat, der Antrag gestellt worden ist und beides der RV auch bekannt ist. Die Dispositionsfreiheit des Versicherten ist dann dahingehend eingeschränkt, dass er den fingierten Rentenantrag nach § 116 Abs. 2 SGB VI gegenüber der RV nur noch mit Zustimmung der KK

- wirksam zurücknehmen,
- beschränken oder
- der Umwandlung in einen Rentenantrag widersprechen kann.

Die KK muss dem Wunsch des Versicherten gleichwohl zustimmen, wenn dieser ein berechtigtes Interesse geltend machen kann. Ein berechtigtes Interesse ist anerkannt<sup>32</sup>, wenn

- durch einen späteren Rentenbeginn eine erhebliche Verbesserung des Rentenanspruchs möglich ist,
- der Rentenantrag nach tarifvertraglichen Regelungen automatisch zum Arbeitsplatzverlust führt,
- ein Anspruch auf Betriebsrente durch einen frühzeitigen Rentenbeginn verloren geht,
- der Anspruch auf Krg in absehbarer Zeit endet und die finanziellen Einbußen der KK gering sind, falls sie auf die Aufforderung verzichtet.

Ob diese Grundsätze aus dem Krankenversicherungsrecht entsprechend gelten, wenn die BA die leistungsgeminderte Person nach § 145 Abs. 2 Satz 1 SGB III wirksam zur Stellung eines Reha-Antrags aufgefordert hat, ist umstritten<sup>33</sup>. Das LSG Baden-Württemberg blendet diese Streitfrage aus. Selbst die Zulassung der Revision wird ausgeschlossen. Das LSG geht offensichtlich (zu Unrecht) davon aus, dass die Prüfung eines berechtigten Interesses auf der Rechtsfolgenseite zwingend einen Ermessensspielraum voraussetzt<sup>34</sup>. Dem ist nicht so. Der Anspruch auf Einräumung eines Dispositionsrechts, also letztlich die Frage nach einem berechtigten Interesse, ist nicht an eine Ermessensvorschrift gekoppelt. Auch die vom LSG bemühte unterschiedliche Zweckrichtung von § 145 Abs. 2 Satz 1 SGB III einerseits und § 51 Abs. 1 Satz 1 SGB V andererseits spricht nicht zwingend gegen die ergebnisoffene Prüfung eines solchen Anspruchs. Dies gilt auch für das weitere Argument des LSG, die BA hätte die Verpflichtung, schnellstmöglich auf eine Entscheidung über die Zugehörigkeit des Betroffenen zum Risikobereich der gesetzlichen Rentenversicherung hinzuwirken<sup>35</sup>. Denn eine identische Verpflichtung trifft auch die KK<sup>36</sup>.

25 Aabel, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB III, 3. Auflage, § 145 SGB III (Stand: 15.1.2023), Rn. 49, 53.

26 So Rieker, RV 2013, 1, 5 zur Parallelvorschrift in § 51 Abs. 1 Satz 1 SGB V.

27 Behrend, in: Eicher/Schlegel, SGB III, § 145 Rn. 91 (Stand: 1.7.2013).

28 Behrend, in: Eicher/Schlegel, SGB III, § 145 Rn. 91 f. (Stand: 1.7.2013) und Rieker, RV 2013, 1, 5 zur Parallelvorschrift in § 51 Abs. 1 Satz 1 SGB V.

29 Zum Ganzen auch Aabel, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB III, 3. Auflage, § 145 SGB III (Stand: 15.1.2023), Rn. 53; Behrend, in: Eicher/Schlegel, SGB III, § 145 Rn. 91 (Stand: 1.7.2013).

30 BSG, 9.8.1995 – 13 RJ 43/94, BeckRS 1995, 30756115; Rieker, RV 2013, 1, 5.

31 BSG, 7.12.2004 – B 1 KR 6/03 R, BeckRS 2005, 40611; BSG, 26.6.2008 – B 13 R 141/07 R, BeckRS 2008, 56444.

32 Zum Ganzen auch Rieker, RV 2013, 1, 4 f.

33 Befürwortend Behrend, in: Eicher/Schlegel, SGB III, § 145 Rn. 91 f. (Stand: 1.7.2013); ablehnend Aabel, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB III, 3. Auflage, § 145 SGB III (Stand: 15.1.2023), Rn. 53, der die Grundsätze aus dem Krankenversicherungsrecht offensichtlich nur zu Gunsten der BA anwenden will; unentschlossen Lauer, in: Heinz/Schmidt-De Caluwe/Scholz, SGB III, 7. Auflage 2021, § 145 Rn. 21 ff.

34 So ist wohl auch Rieker, RV 2013, 1, 4 zu verstehen.

35 Für die Prüfung eines berechtigten Interesses zur bis zum 31.12.2003 geltenden Vorgängervorschrift in § 125 Abs. 2 Satz 1 SGB III auch SG Frankfurt a. M., 9.12.2009 – S 33 AL 413/09 ER, BeckRS 2009, 139307, die noch als Sollvorschrift ausgestaltet war.

36 Rieker, RV 2013, 1, 1 f.

## 2. Ruhen bei nicht fristgerechte Antragstellung

Kommt der Arbeitslose der Aufforderung der BA nicht nach, ruht nach § 145 Abs. 2 Satz 3 SGB III vom Tag nach Ablauf der Monatsfrist der Anspruch auf Alg. Das Ruhen hat zur Folge, dass die Bewilligung des Alg für die Dauer des Ruhens aufzuheben ist. Hierfür muss die Aufforderung nach § 145 Abs. 2 Satz 1 SGB III wirksam und vollziehbar sowie – wenn sie nicht bestandskräftig ist – rechtmäßig sein<sup>37</sup>.

Unzureichende Belehrungen der BA sind eine häufige Fehlerquelle, die die Aufforderung rechtswidrig machen können. Um das Ruhen in solchen Fällen zu verhindern, müssen sich die Betroffenen aber mit Widerspruch und Klage zur Wehr setzen. Denn das Ruhen tritt auch dann ein, wenn die Aufforderung zur Antragstellung rechtswidrig ist<sup>38</sup>. Anders ausgedrückt: Die Rechtmäßigkeit einer bestandskräftigen Aufforderung der BA ist nicht als Vorfrage beim Ruhen oder der Aufhebung von Alg inzident zu überprüfen<sup>39</sup>. Selbst „sinnlose“ Widersprüche und Klagen entfalten aufschiebende Wirkung und verhindern eine Bestandskraft der Aufforderung. Im Zweifel sollten Betroffene also die Möglichkeit nutzen, gegen die Aufforderung der BA vorzugehen.

Ein Ruhen tritt nicht ein, wenn der Arbeitslose bereits vor der Aufforderung der BA ein Reha-Antrag gestellt hat und die RV diesen nunmehr nach § 116 Abs. 2 SGB VI als EM-Rentenanspruch behandelt<sup>40</sup>. Auch die Rücknahme eines solchen fingierten Rentenanspruchs führt jedenfalls dann nicht zu einem Ruhen nach § 145 Abs. 2 Satz 3 SGB III, wenn der Arbeitslose ein berechtigtes Interesse an einem Hinausschieben des Anspruchs auf EM-Rente hat, weil eine erhebliche Verbesserung des Rentenanspruchs erreicht werden kann oder der Rentenanspruch automatisch zum Arbeitsplatzverlust führt<sup>41</sup>.

## 3. Ruhen bei unterlassener Mitwirkung gegenüber der RV

§ 145 Abs. 2 Satz 4 und 5 SGB III knüpft ein Ruhen auch an die Verletzung von Mitwirkungsobliegenheiten des Arbeitslosen im Reha- und Rentenverfahren gegenüber der RV<sup>42</sup>. Welche Mitwirkungspflichten im Einzelnen bestehen, hat die RV zu bestimmen. Da die BA nicht in den Kompetenzbereich der RV eingreifen darf, muss sie deren Entscheidung abwarten. Die BA ist an die Entscheidung der RV gebunden<sup>43</sup>.

37 Aubel, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB III, 3. Auflage, § 145 SGB III (Stand: 15.1.2023), Rn. 55; Behrend, in: Eicher/Schlegel, SGB III, § 145 Rn. 104 f. (Stand: 1.7.2013).

38 Lüdtko und Böttiger, in: Böttiger/Körtek/Schaumburg, SGB III, 3. Auflage 2019, § 145 Rn. 21.

39 Bei der Feststellung eines Meldeversäumnisses wird eine solche Inzidentprüfung indes bejaht. Vgl. nur BSG, 29.4.2015 – B 14 AS 19/14 R, BeckRS 2015, 72370.

40 LSG Nordrhein-Westfalen, 5.5.2010 – L 19 AL 98/10 B ER, info also 2011, 79 ff.

41 SG Frankfurt a. M., 9.12.2009 – S 33 AL 413/09 ER, BeckRS 2009, 139307.

42 Eine ähnliche Regelung enthält § 5 Abs. 3 Satz 3 SGB II.

43 Aubel, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB III, 3. Auflage, § 145 SGB III (Stand: 15.1.2023), Rn. 57; Behrend, in: Eicher/Schlegel, SGB III, § 145 Rn. 107 ff. (Stand: 1.7.2013).

Ein Ruhen wegen einer Mitwirkungspflichtverletzung setzt wiederum eine wirksame und vollziehbare Aufforderung der BA nach § 145 Abs. 2 Satz 1 SGB III voraus. Dazu gehört auch eine schriftliche Rechtsfolgenbelehrung<sup>44</sup>. Die Rechtswidrigkeit der Aufforderung ist in einem eigenständigen Verfahren zu prüfen. Eine Inzidentprüfung beim Ruhen oder der Aufhebung von Alg ist ausgeschlossen.

## V. Der LSG-Fall im Director's Cut-Modus

Bei einem Director's Cut handelt es sich um die Schnitfassung eines Films, die von der veröffentlichten Version abweicht. Es werden alternative Anfangs- und Endszenarien dargestellt. Kurzum: Eine gute Möglichkeit für den Regisseur, sich mit nicht verwendetem Filmmaterial noch einmal künstlerisch auszutoben, um so seine persönliche Intention von einem gelungenen Streifen umzusetzen.

Im LSG-Fall ist die Intention klar: Der Kläger will dauerhaft ab dem 1.1.2019 eine höhere EM-Rente. Doch wie kann er dieses Ziel erreichen? Nachfolgend werden cursorisch alternative Handlungsverläufe aufgezeigt, die möglicherweise passgenauer zur Wunscherfüllung hätten führen können. Sie stellen – um im Bild zu bleiben – das unveröffentlichte Filmmaterial dar.

### 1. Alternativer Anfang

#### a) Unterlassene oder zeitverzögerte Antragstellung von Alg

Möglicherweise wäre es für den Kläger vor dem Hintergrund seiner bekannten „medizinischen Baustellen“ sinnvoll gewesen, den überschaubaren Zeitraum von der Aussteuerung (30.9.2018) bis zum gewünschten EM-Rentenbeginn (1.1.2019), also letztlich nur 3 Monate – mit Eigenmitteln zu überbrücken, um dauerhaft einen Rentenabschlag von 150 EUR pro Monat zu vermeiden. Es besteht hier auch eine Beratungspflicht der BA auf Nachfrage des Arbeitslosen bzw. bei naheliegenden und offenkundigen Gestaltungsmöglichkeiten. Eine Verletzung dieser Beratungspflicht kann notfalls auch noch nachträglich über den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch<sup>45</sup> geltend gemacht werden. Rechtlicher Anknüpfungspunkt ist hier § 137 Abs. 2 SGB III. Danach kann der Arbeitslose bis zur Entscheidung über den Anspruch bestimmen, dass dieser nicht oder zu einem späteren Zeitpunkt entstehen soll. Durch ein Verschieben des Entstehungszeitpunktes wird ihm eine Möglichkeit an die Hand gegeben, eine für ihn günstigere Rechtslage zu erzielen, die gegenüber dem aktuellen Zustand noch eintreten wird. Ein Klassiker in diesem Bereich ist das Erreichen einer bestimmten Altersgrenze für eine längere Alg-Anspruchsdauer<sup>46</sup>.

44 LSG Nordrhein-Westfalen, 5.5.2010 – L 19 AL 98/10 B ER, info also 2011, 79 ff.

45 Hierbei handelt es sich um ein von der Rechtsprechung des BSG ergänzend zu den vorhandenen Korrekturmöglichkeiten bei fehlerhaftem Verwaltungshandeln entwickeltes (ungeschriebenes) Rechtsinstitut. Hierzu nur BSG, 5.4.2000 – B 5 RJ 50/98 R, BeckRS 2000, 41319.

46 Vollendung des 50., 55. oder 58. Lebensjahres. Instrukтив zum sozialrechtlichem Herstellungsanspruch bei fehlendem Hinweis auf die Konsequenzen einer Gleichwohlgewährung von Alg auch Geiger, info also 2010, 17 ff.

### b) Alg ohne Inanspruchnahme der Nahtlosigkeitsregelung

Möglicherweise wäre es für den Kläger auch taktisch klug gewesen, nach seiner Aussteuerung Alg ohne Inanspruchnahme der Nahtlosigkeitsregelung zu beantragen. Bei dieser Variante können sich Langzeiterkrankte „ganz normal“ dem Arbeitsmarkt zur Verfügung stellen: trotz ihrer gesundheitlichen Probleme. Sie müssen lediglich gegenüber der BA erklären: „Ich will (vollumfänglich) arbeiten, soweit ich (im Rahmen meiner gesundheitlichen Möglichkeiten noch) kann“<sup>47</sup>. Um sich hier glaubwürdig zumindest theoretisch offen für neue Stellen zu zeigen, ist davon abzuraten, die AU-Bescheinigung weiter bei der BA einzureichen. Denn wie kann ich mich der Arbeitsvermittlung zur Verfügung stellen, wenn ich offiziell krankgeschrieben bin? Und das möglicherweise auch noch auf Dauer?

### c) Widerspruch und Klage gegen den Aufforderungsbescheid der BA

Möglicherweise hätte die erzwungene Frühverrentung auch vermieden werden können, indem bereits gegen den Bescheid über die Aufforderung der BA, einen Reha-Antrag zu stellen, Widerspruch und gegebenenfalls anschließend Klage eingereicht worden wäre. Durch die damit verbundene aufschiebende Wirkung hätte der Kläger zumindest Zeit gewonnen, um sich bei der RV noch einmal ohne den Druck der Monatsfrist im Nacken über die Vor- und Nachteile einer Reha- und EM-Rentenanspruchstellung beraten zu lassen. Zudem wäre auch kein Ruhen des Anspruchs auf Alg nach Ablauf der Monatsfrist durch die BA zu befürchten, da deren Aufforderung nicht vollziehbar wäre. In diesem größeren Zeitfenster hätte der Kläger dann auch entspannt auf Fehlersuche im Aufforderungsbescheid (Anhörung, Frist, Rechtsfolgenbelehrung, etc.) gehen können. Denn eins darf nicht vergessen werden: Es geht hier um Langzeiterkrankte, denen die gesamte Kommunikation im „Flipperspiel“ mit den Behörden erheblich an den Nerven zerrt. Dass sie innerhalb 1 Monats weitreichende Entscheidungen treffen müssen, trägt bei ihnen weder zur Genesung noch Entspannung bei. Daher ist ein größerer Zeitpuffer eine gute Sache.

## 2. Alternatives Ende

### a) Zulassung der Revision

Dass das LSG Baden-Württemberg die Revision nicht zugelassen hat, ist überraschend. Denn gerade die umfangreichen Ausführungen des LSG zu den unterschiedlichen Auslegungsgesichtspunkten und zum Gleichheitsgebot aus Art. 3 Abs. 1 GG zeigen, dass die hier streitige Rechtsfrage, ob und unter welchen Voraussetzungen bei § 145 Abs. 2 Satz 1 SGB III ein Anspruch auf Einräumung eines Dispositionsrechtes besteht, nicht so einfach zu beantworten ist. Auch eine höchstichterliche Rechtsprechung zu der in der Kommentarliteratur umstrittenen Rechtsfrage, ob die Grundsätze des BSG zu § 51

47 Vertiefend zu dieser magischen Zauberformel und weiteren Tipps Arbeitslosenprojekt TuWas, Leitfaden für Arbeitslose, 36. Auflage 2022, 105 ff.

Abs. 1 Satz 1 SGB V auch für die BA<sup>48</sup> entsprechend gelten, steht noch aus. Die Zulassung der Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung wäre mithin naheliegend und wünschenswert gewesen. Ob der Kläger den steinigigen Weg der Nichtzulassungsbeschwerde<sup>49</sup> gegangen ist, bleibt unklar.

### b) Sozialrechtlicher Herstellungsanspruch

Aus § 137 Abs. 2 SGB III folgt eine Beratungspflicht der BA, wenn ein Unterlassen oder eine Verzögerung der Entstehung des Stammrechts mit Vorteilen für den Arbeitslosen verbunden ist. Die Norm stellt eine zulässige Gestaltungsoption dar, die bei fehlender Beratung im Wege des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs wiederherzustellen ist<sup>50</sup>. Die BA hätte den Kläger hier unter Umständen über die Möglichkeit aufklären müssen, den Anspruch auf Alg nicht schon zum 1.10.2018 geltend zu machen, sondern im Hinblick auf die zu erwartende höhere EM-Rente erst nach dem 1.1.2019. Dann wäre der Kläger bei identischem Folgeszenario – Aufforderung der BA nach § 145 Abs. 2 Satz 1 SGB III, Umdeutung der RV und Gewährung der EM-Rente – im sicheren Bereich gewesen. Denn aufgrund der Rückwirkung nach § 145 Abs. 2 Satz 2 SGB III hätte der Kläger dann – wie gewollt – zum 1.1.2019 seine um 150 EUR monatlich höhere EM-Rente erhalten. Ob der Kläger an die BA mit einem konkreten Beratungersuchen herangetreten ist, bleibt unklar. Indes ist die BA auch von Amts wegen gehalten, Arbeitslose anlassbezogen von sich aus „spontan“ auf klar zu Tage tretende Gestaltungsmöglichkeiten hinzuweisen, deren Wahrnehmung ein verständiger Versicherter mutmaßlich nutzen würde<sup>51</sup>. Hier war der BA bereits mit der am 7.9.2018 durchgeführten sozialmedizinischen Begutachtung bekannt, dass beim Kläger deutliche Einschränkungen der körperlichen und psychomentalen Belastbarkeit bestehen. Der von der BA beauftragte Mediziner ging von einem Leistungsvermögen in einem zeitlichen Umfang von weniger als 3 Stunden täglich über einen Zeitraum von mehr als 6 Monaten aus. Wäre es hier nicht naheliegend gewesen, weiter von der BA nachzufragen: Zu weiteren Perspektiven des Klägers? Zu einer Reha? Zu einer EM-Rente? Zur Höhe der EM-Rente? ... Ob der BA letztlich eine Falschberatung vorzuwerfen ist, bleibt spekulativ, ist aber nicht ausgeschlossen<sup>52</sup>.

### c) Überprüfungsantrag

Zumindest der förmliche Widerspruch des Klägers gegen den Ablehnungsbescheid der BA auf Rückübertragung des

48 Zu Gunsten der BA im Hinblick auf eine mögliche Einschränkung der Dispositionsfreiheit des Arbeitslosen; zu Lasten der BA im Hinblick auf einen möglichen Anspruch des Arbeitslosen auf Einräumung eines Dispositionsrechtes bei einem berechtigten Interesse.

49 Vertiefend zu den Voraussetzungen von § 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG mit Fallbeispiel Lehmann, info also 2022, 14, 16 ff.

50 Gutzler, in: Heinz/Schmidt-De Caluwe/Scholz, SGB III, 7. Auflage 2021, § 137 Rn. 13 ff.

51 Vertiefend zur Spontanberatungspflicht der BA BSG, 5.8.1999 – B 7 AL 38/98 R, BeckRS 1999, 30069306.

52 Instrukтив zur Wahlmöglichkeit des Arbeitslosen nach § 137 Abs. 2 SGB III und dem sozialrechtlichen Herstellungsanspruch auch die Fallbesprechung von Bienert, info also 2019, 51 ff.

Dispositionsrechts hätte meistbegünstigend zugleich auch als Überprüfungsbegehren im Hinblick auf den bestandskräftigen Aufforderungsbescheid vom 12.9.2018 und den darauf aufbauenden Aufhebungsbescheid 1.7.2019 gedeutet werden können<sup>53</sup>. Könnte dann über § 44 Abs. 1 SGB X mit Erfolg die Rechtswidrigkeit der Aufforderung nach § 145 Abs. 2 Satz 1 SGB III geltend gemacht werden, bestünde die Möglichkeit, dass das gesamte Verfahren mit einer anderen Bescheidlage neu aufgerollt wird<sup>54</sup>.

Zudem könnte bei medizinischen Anknüpfungstatsachen mit einem Überprüfungsantrag gegenüber der RV auch die Rechtmäßigkeit der EM-Rente, insbesondere der Eintritt des Leistungsfalles, nochmals neu hinterfragt werden.

Wie ein Überprüfungsantrag bei § 51 Abs. 1 Satz 1 SGB V erfolgreich eingesetzt werden kann, zeigen die Ausführungen im Urteil des SG Dresden vom 19.10.2022<sup>55</sup>. Die Beteiligten

stritten dort im Rahmen eines Überprüfungsverfahrens um die Rechtmäßigkeit eines bestandskräftigen Bescheides zur Einschränkung des Dispositionsrechts durch die KK hinsichtlich der Beantragung einer EM-Rente. Der Kläger wollte aus wirtschaftlichen Gründen selbst über den Beginn seiner EM-Rente bestimmen. Die RV lehnte dies ab und wertete den Reha-Antrag nach § 116 Abs. 2 SGB VI als Rentenanspruch. Der Kläger verfolgte sein Begehren gegenüber der RV im Vorverfahren und auch gerichtlich weiter. Das Rentenverfahren wurde im Hinblick auf das Überprüfungsbegehren wegen Vorgeiflichkeit ausgesetzt. Das Begehren des Klägers auf Überprüfung des Bescheides über die Einschränkung des Dispositionsrechts lehnte die KK mit Bescheid und nachfolgendem Widerspruchsbescheid ab. Das SG hielt die Klage für begründet, weil die Tatbestandsvoraussetzungen von § 51 Abs. 1 Satz 1 SGB V nicht vollständig vorlagen. Es fehlte hier zum Erlasszeitpunkt an einem ärztlichen Gutachten, welches die Annahme einer erheblichen Gefährdung oder Minderung der Erwerbsfähigkeit stützt. Mit der Aufhebung des Aufforderungsbescheides der KK nach § 51 Abs. 1 Satz 1 SGB V entfielen nachträglich auch die Beschränkungen der Dispositionsfreiheit des Klägers, so dass keine Verurteilung der KK zur Zustimmung hinsichtlich eines früheren Beginns der EM-Rente mehr erforderlich war, auf den sich die anderweitig gegen die RV anhängig gemachte und zwischenzeitlich ausgesetzte Streitigkeit bezog. Quintessenz: Alles noch einmal gut gegangen!

53 Zu dieser Konstruktion auch Schweigler, info also 2018, 205, 207 bei der Prüfung eines bestandskräftigen Eingliederungsverwaltungsakts im Sanktionsverfahren.

54 Behrend, in: Eicher/Schlegel, SGB III, § 145 Rn. 105 (Stand: 1.7.2013) sieht hier zumindest Spielräume, wenn es um einen bestandskräftigen Aufforderungsbescheid und einen darauf aufbauenden Ruhensbescheid geht.

55 SG Dresden, 19.10.2022 – S 45 KR 697/21, BeckRS 2022, 39127.