

L 1 AL 38/10

Land
Rheinland-Pfalz
Sozialgericht
LSG Rheinland-Pfalz
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung
Abteilung
1
1. Instanz
SG Koblenz (RPF)
Aktenzeichen
S 17 AL 158/09
Datum
03.08.2010
2. Instanz
LSG Rheinland-Pfalz
Aktenzeichen
L 1 AL 38/10
Datum
28.01.2011
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-

Datum
-

Kategorie

Urteil

Leitsätze

Wird bei einer Schwangeren zutreffend ein ärztliches Beschäftigungsverbot nach [§ 3 Abs. 1 MuSchG](#) ausgesprochen, ohne dass sich bei ihr eine Arbeitsunfähigkeit feststellen lässt, führt dies bei einer eng am Wortlaut orientieren Auslegung des [§ 119 Abs. 5 SGB III](#) nicht dazu, dass zwingend von einem Ausschluss der Verfügbarkeit der Schwangeren auszugehen ist.

1. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts Koblenz vom 03.08.2010 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass der Aufhebungsbescheid der Beklagten vom 22.05.2009 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 04.06.2009 abgeändert und die Beklagte verurteilt wird, der Klägerin auch Arbeitslosengeld für den Zeitraum vom 22.06.2009 bis zum 14.08.2009 zu bewilligen.

2. Die Beklagte hat die notwendigen außergerichtlichen Kosten der Klägerin für das Berufungsverfahren zu erstatten.

3. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten darüber, ob die Beklagte berechtigt war, einen Arbeitslosengeld(Alg)-Bewilligungsbescheid aufgrund eines ärztlich attestierten Beschäftigungsverbotes nach [§ 3 Abs. 1 Mutterschutzgesetz \(MuSchG\)](#) mangels Verfügbarkeit der Klägerin aufzuheben.

Das Arbeitsverhältnis der 1973 geborenen Klägerin, die als Verwaltungsangestellte beim A -Bundesverband tätig gewesen war, wurde wegen des Umzugs des genannten Verbandes von B nach B mit einem Auflösungsvertrag vom 29.01.2008 unter Zahlung einer Abfindung zum 15.10.2008 beendet. Auf die Arbeitslosmeldung der Klägerin am 18.08.2008 und ihren Alg-Antrag vom 08.10.2008 gewährte die Beklagte der Klägerin mit Bescheid vom 05.11.2008 für den Zeitraum vom 10.01.2009 bis zum 08.01.2010 Alg in kalendertäglicher Höhe von 19,87 Euro, wobei ein Ruhen des Anspruchs im Hinblick auf eine ihr gezahlte Entlassungsentschädigung ([§ 143 a Sozialgesetzbuch Drittes Buch - Arbeitsförderung - \(SGB III\)](#)) berücksichtigt wurde.

Der behandelnde Gynäkologe attestierte bei der zwischenzeitlich schwanger gewordenen Klägerin am 11.05.2009 in der 21.

Schwangerschaftswoche ein sofortiges Beschäftigungsverbot nach [§ 3 Abs. 1 MuSchG](#) bis zum Beginn der Mutter-schutzfrist ([§ 3 Abs. 2 MuSchG](#)) am 15.08.2009.

Die Beklagte hob daraufhin mit Bescheid vom 22.05.2009 die Bewilligung des Alg ab dem 11.05.2009 wegen des Wegfalls der Verfügbarkeit der Klägerin ab diesem Datum auf und verwies insoweit auf die Vorschriften in [§§ 118 Abs. 1, 119 SGB III](#) sowie [§ 48 Abs. 1 Satz 2 Sozialgesetzbuch Zehntes Buch Verwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz \(SGB X\)](#) in Verbindung mit [§ 330 Abs. 3 SGB III](#).

Mit einem hiergegen erhobenen Widerspruch machte die Klägerin unter Hinweis auf eine Entscheidung des Hessischen Landessozialgerichts (LSG) vom 20.08.2007 ([L 9 AL 35/04, juris](#)) geltend, dass die Beklagte als "Ersatzarbeitgeberin" gehalten sei, ihr weiterhin Alg zu zahlen, da sie ansonsten wegen des ausgesprochenen Beschäftigungsverbots, das man nicht mit einer Krankheit gleich stellen könne und aufgrund dessen auch keine Leistungen von der Krankenkasse zu erwarten seien, ohne jegliche Lohnersatzleistungen dastehen würde.

Die Beklagte wies den erhobenen Widerspruch mit Widerspruchsbescheid vom 04.06.2009 unter Hinweis auf den Wortlaut des [§ 119 Abs. 5 Nr. 1 SGB III](#) zurück. Einen Alg-Anspruch könne nur derjenige haben, der den Vermittlungsbemühungen der Agentur für Arbeit zur Verfügung stehe. Infolge des ausgesprochenen Beschäftigungsverbots läge die erforderliche Verfügbarkeit nicht mehr vor, was die Klägerin auch gewusst habe oder zumindest grob fahrlässig nicht gewusst habe, weshalb der Alg-Anspruch ab Änderung der Verhältnisse hätte aufgehoben werden müssen.

Mit der am 02.07.2009 bei dem Sozialgericht Koblenz (SG) erhobenen Klage hat die Klägerin neben der Aufhebung des angegriffenen Bescheides in Gestalt des Widerspruchsbescheides auch die Feststellung begehrt, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihr über den 11.05.2009 hinaus Alg zu gewähren. Unter Hinweis auf die Entscheidung des Hessischen LSG ist die Klägerin der Auffassung, dass aufgrund des verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgebots in [Artikel 3 des Grundgesetzes \(GG\)](#) sowie des Schutzes der Mütter in [Artikel 6 Abs. 4 GG](#) eine erkennbar für schwangere Arbeitslose bestehende Regelungslücke geschlossen werden müsse. Anders als Frauen, die sich in einem Beschäftigungsverhältnis befänden, könnten beschäftigungslose Frauen bei Ausspruch eines Beschäftigungsverbots nach [§ 3 Abs. 1 MuSchG](#) keinen Anspruch auf einen "Mutterschutz-lohn" nach [§ 11 MuSchG](#) durch ihren Arbeitgeber geltend machen, obwohl sie im Hinblick darauf, dass sie sich genauso dem Arbeitsmarkt zur Verfügung stellten, eine vergleichbare Schutzbedürftigkeit aufweisen würden. Die tatsächlich fehlende Verfügbarkeit, die eine Weitergewährung von Alg verhindere, sei daher zu fingieren und mithin der nach [§ 11 Abs. 1 MuSchG](#) vom Arbeitgeber zu tragende "Mutterschutzlohn" in Form der Weitergewährung von Alg durch die Beklagte zu leisten.

Die Beklagte ist unter Hinweis auf eine von ihr vorgelegte, unveröffentlichte Entscheidung des LSG Sachsen-Anhalt vom 23.06.2009 ([L 2 AL 41/06](#)) sowie die hierin zitierte Entscheidung des Bundessozialgerichts (BSG) vom 09.09.1999 ([B 11 AL 77/98 R](#), [SozR 3-4100 § 103 Nr. 19](#)) der Ansicht, dass insbesondere bei einem sich auf alle Arten der Berufstätigkeit beziehenden Beschäftigungsverbot wie es bei der Klägerin vorliege – eine die Verfügbarkeit ausschließende Arbeitsunfähigkeit bestehe.

Auf einen erstinstanzlichen richterlichen Hinweis, dass die Beklagte der Klägerin in diesem Fall zumindest eine Leistungsfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit nach [§ 126 SGB III](#) gewähren müsse, hat die Beklagte der Klägerin mit Änderungsbescheid vom 14.10.2009 dem richterlichen Hinweis entsprechend eine Leistungsfortzahlung unter Hinweis auf die Vorschriften in [§§ 118, 119, 126 SGB III](#) und [§ 48 Abs. 1 Satz 2 SGB X](#) i.V.m. [§ 330 Abs. 3 SGB III](#) im Zeitraum vom 11.05.2009 bis zum 21.06.2009 gewährt, jedoch ausdrücklich erklärt, dass sie von keiner Arbeitsunfähigkeit der Klägerin im genannten Zeitraum ausgehen würde.

Auf Nachfrage des erstinstanzlichen Gerichts hat der die Klägerin behandelnde Gynäkologe nochmals in einer schriftlichen Stellungnahme vom 12.10.2009 erläutert, dass unter Berücksichtigung des Gesundheitszustandes der Klägerin zwar wegen bestimmter gesundheitlicher Risikofaktoren ein Beschäftigungsverbot habe ausgesprochen werden müssen, aber zu keinem Zeitpunkt in der Schwangerschaft ein regelwidriger Körper- oder Geisteszustand bestanden habe, der die Ausstellung einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung gerechtfertigt hätte.

Mit Urteil vom 08.03.2010 hat das Sozialgericht den Bescheid der Beklagten vom 22.05.2009 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 04.06.2009 aufgehoben und die Beklagte verurteilt, unter Abänderung des während des Klageverfahrens erlassenen Änderungsbescheides vom 14.10.2009 der Klägerin Alg über den 21.06.2009 hinaus bis zum 14.08.2009 in gesetzlicher Höhe zu zahlen. Es hat im Wesentlichen ausgeführt, dass eine Aufhebung der Alg-Bewilligung weder zum 11.05.2009 noch zum 21.06.2009 hätte erfolgen dürfen, da in den tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen, die beim Erlass des Alg-Bewilligungsbescheides vorgelegen hätten, keine wesentliche Änderung eingetreten sei. Die Klägerin habe durchgehend bis zum Beginn der Mutterschutzfrist nach [§ 3 Abs. 2 MuSchG](#) am 15.08.2009 einen Anspruch auf Alg gehabt. Hierfür hat das SG auf die seines Erachtens zutreffenden Erwägungen in der von der Klägerin zitierten Entscheidung des Hessischen LSG vom 20.08.2007 verwiesen.

Gegen das ihr am 16.03.2010 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 13.04.2010 Berufung eingelegt. Unter Hinweis auf die Entscheidung des BSG vom 09.09.1999 vertritt die Beklagte nach wie vor die Auffassung, dass ein generelles Beschäftigungsverbot, das die gesamte Berufstätigkeit umfasse, ohne eine die Verfügbarkeit ausschließende Arbeitsunfähigkeit nicht denkbar sei. Auch wenn die gegen das Urteil des Hessischen LSG eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde mit Beschluss des BSG vom 05.08.2008 ([B 11a AL 167/07 B](#), BSG-Intern RegNr. 28434) als unzulässig verworfen worden sei, ließe sich nach dem Wortlaut dieses Beschlusses hieraus gerade keine Bestätigung der Auffassung des Hessischen LSG entnehmen. Entwerfe ein Arzt wie dies der behandelnde Gynäkologe der Klägerin in seinen Stellungnahmen getan habe – ein in jeder Hinsicht negatives Leistungsbild, lasse sich eine Verfügbarkeit nicht fingieren, vielmehr würde im genannten Fall das Attest "Beschäftigungsverbot" rechtlich zugleich ein Attest im Hinblick auf eine "Arbeitsunfähigkeit" umfassen.

Die Berufungsklägerin beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Koblenz vom 08.03.2010 [S 17 AL 158/09](#) aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Berufungsbeklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Hierfür verweist sie auf die nach ihrer Ansicht zutreffende Entscheidung des erstinstanzlichen Gerichts.

Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung des Senats ohne mündliche Verhandlung nach [§ 124 Abs. 2 Sozialgerichtsgesetz \(SGG\)](#) einverstanden erklärt.

Zur Ergänzung des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte sowie der Verwaltungsakte der Beklagten und Berufungsklägerin verwiesen, die Gegenstand der Beratung waren.

Entscheidungsgründe:

Der Senat entscheidet mit Einverständnis der Beteiligten gemäß [§ 124 Abs. 2 SGG](#) ohne mündliche Verhandlung durch Urteil.

Die form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Beklagten ([§§ 143, 144, 152 SGG](#)) ist zulässig, jedoch unbegründet. Das SG hat der Klage im Ergebnis zu Recht stattgegeben. Die Aufhebung der Alg-Bewilligung für den Zeitraum ab dem 22.06.2009 bis zum 14.08.2009 – also bis zum Beginn der Mutterschutzfrist nach [§ 3 Abs. 2 MuSchG](#) – unter Hinweis auf das ärztlich attestierte Beschäftigungsverbot nach [§ 3 Abs. 1 MuSchG](#) vom 11.05.2009 ist rechtswidrig und verletzt die Klägerin in ihren Rechten.

Zutreffende Klageart ist vorliegend eine reine (Teil-)Anfechtungsklage im Sinne des [§ 54 Abs. 1 SGG](#), da die Klägerin durch die (Teil)

Aufhebung des angefochtenen Bescheides vom 22.05.2009 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 04.06.2009 bereits die von ihr begehrte Weitergewährung des mit Bescheid vom 05.11.2008 bewilligten Arbeitslosengeldes für den streitigen Zeitraum (s.u.) erreichen kann. Eine vollständige Aufhebung der angegriffenen Bescheide – wie sie mit dem erstinstanzlichen Tenor erfolgt ist – hebt hingegen in unzutreffender Weise auch die unter Berücksichtigung der Mutterschutzfrist in [§ 3 Abs. 2 MuSchG](#) erfolgte korrekte Aufhebung der Arbeitslosengeldbewilligung ab dem 15.08.2009 auf, weshalb der erstinstanzliche Tenor entsprechend korrigiert werden musste.

Der während des laufenden Gerichtsverfahrens erlassene Änderungsbescheid vom 14.10.2009, mit dem die Beklagte der Klägerin im Wege der Leistungsfortzahlung nach [§ 126 SGB III](#) (unter Abänderung ihres zuvor erlassenen Aufhebungsbescheides nach [§§ 48 Abs. 1 Satz 2 SGB X](#) i.V.m. [§ 330 Abs. 3 SGB III](#)) über den 11.05.2009 bis zum 21.06.2009 hinaus Alg gewährt hat, ist über [§ 96 SGG](#) Gegenstand des Gerichtsverfahrens geworden, so dass Streitgegenstand nur noch die Aufhebung des Alg-Bewilligungsbescheides für den Zeitraum vom 22.06.2009 bis zum 14.08.2009 ist.

Eine Beiladung der für die Klägerin zuständigen Krankenkasse gemäß [§ 75 Abs. 1 SGG](#) ist nicht erforderlich, da deren Leistungspflicht im Hinblick auf eine bei der Klägerin nicht feststellbare Arbeitsunfähigkeit nicht angenommen werden kann.

Die Beklagte war nicht berechtigt, die mit Bescheid vom 05.11.2008 ausgesprochene Alg-Bewilligung (für den Zeitraum vom 10.01.2009 bis zum 08.01.2010) für den nunmehr nur noch in Streit stehenden Zeitraum vom 22.06.2009 bis zum 14.08.2009 aufzuheben. Weder am 11.05.2009 (also am Tag der Attestierung des Beschäftigungsverbotes) noch am 22.06.2009 (also am Tag des theoretischen Auslaufens einer Leistungsfortzahlung im Krankheitsfall nach [§ 126 SGB III](#)) ist eine für die Alg-Bewilligung nach [§§ 117 Abs. 1, 118 Abs. 1 sowie 119 SGB III](#) wesentliche Änderung in den tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen gemäß [§ 48 Abs. 1 Satz 1 SGB X](#) eingetreten.

Nach [§§ 117 Abs. 1 Nr. 1, 118 Abs. 1 SGB III](#) haben Arbeitnehmer Anspruch auf Arbeitslosengeld, wenn sie arbeitslos im Sinne des [§ 119 SGB III](#) sind (Nr. 1 des [§ 118 Abs. 1 SGB III](#)), sich bei der Agentur für Arbeit arbeitslos gemeldet (Nr. 2) und die erforderliche Anwartschaftszeit nach [§§ 123, 124 SGB III](#) erfüllt haben (Nr. 3).

Die für die Alg-Bewilligung nach [§ 118 Abs. 1 Nr. 2 SGB III](#) erforderliche Arbeitslosmeldung erfolgte vorliegend am 18.08.2008 mit Wirkung zum 16.10.2008. Auch erfüllte die Klägerin die nach [§ 118 Abs. 1 Nr. 3 SGB III](#) erforderliche Anwartschaftszeit im Sinne des [§ 123 Abs. 1 Satz 1 SGB III](#), da sie in der Rahmenfrist des [§ 124 SGB III](#) durch ihr bis zum 15.10.2008 bestehendes Beschäftigungsverhältnis beim A - Bundesverband mindestens zwölf Monate in einem Versicherungsverhältnis gestanden hatte. Im streitentscheidenden Zeitraum waren zudem auch die Voraussetzungen für eine Arbeitslosigkeit im Sinne der [§§ 118 Abs. 1 Nr. 1 SGB III](#) i.V.m. [§ 119 Abs. 1 SGB III](#) gegeben.

Arbeitslos ist ein Arbeitnehmer im Sinne des [§ 119 Abs. 1 SGB III](#) dann, wenn er nicht in einem Beschäftigungsverhältnis steht (Beschäftigungslosigkeit) (Nr. 1), sich bemüht, seine Beschäftigungslosigkeit zu beenden (Eigenbemühungen) (Nr. 2) und den Vermittlungsbemühungen der Agentur für Arbeit zur Verfügung steht (Verfügbarkeit) (Nr. 3).

Durch die Beendigung ihres ehemaligen Beschäftigungsverhältnisses beim A - Bundesverband mit Auflösungsvertrag vom 29.01.2008 zum 15.10.2008 stand die Klägerin ab dem 16.10.2008 in keinem Beschäftigungsverhältnis mehr. Hinweise auf eine neue Beschäftigungsaufnahme nach dem genannten Zeitpunkt ergeben sich aus der Akte nicht. Zweifel an ihren Eigenbemühungen zur Beendigung der Beschäftigungslosigkeit sind ebenfalls nicht ersichtlich, so dass das Fortbestehen eines Alg-Anspruchs über den 21.06.2009 hinaus hieran nicht scheitert.

Schließlich stand die Klägerin auch den Vermittlungsbemühungen der Agentur für Arbeit im streitentscheidenden Zeitraum im Sinne des [§ 119 Abs. 1 Nr. 3 und Abs. 5 SGB III](#) zur Verfügung. Nach [§ 119 Abs. 5 SGB III](#) steht den Vermittlungsbemühungen der Agentur für Arbeit zur Verfügung, wer eine versicherungspflichtige mindestens 15 Stunden wöchentlich umfassende zumutbare Beschäftigung unter den üblichen Bedingungen des für ihn in Betracht kommenden Arbeitsmarkts ausüben kann und darf (Nr. 1), Vorschlägen der Agentur für Arbeit zur beruflichen Eingliederung zeit- und ortsnahe Folge leisten kann (Nr. 2), bereit ist, jede Beschäftigung im Sinne der Nr. 1 anzunehmen und auszuüben (Nr. 3) und bereit ist, an Maßnahmen zur beruflichen Eingliederung in das Erwerbsleben teilzunehmen (Nr. 4).

Bei der Klägerin ist im Ergebnis – trotz des von dem behandelnden Gynäkologen der Klägerin ausgesprochenen Beschäftigungsverbotes gemäß [§ 3 Abs. 1 MuSchG](#) – sowohl von einer "objektiven Verfügbarkeit" im Sinne des [§ 119 Abs. 5 Nr. 1](#) und 2 SGB III als auch von einer "subjektiven Verfügbarkeit", also einer Arbeitsbereitschaft, im Sinne des [§ 119 Abs. 5 Nr. 3](#) und 4 SGB III für den streitentscheidenden Zeitraum auszugehen (vgl. zu den Begriffen der objektiven und subjektiven Verfügbarkeit: Steinmeyer, Kommentar zum SGB II/SGB III von Gagel, Band 1, St. 39. Ergl., 2010, § 119, Rz. 148).

Nach [§ 3 Abs. 1 MuSchG](#) dürfen werdende Mütter nicht beschäftigt werden, soweit nach ärztlichem Zeugnis Leben oder Gesundheit von Mutter oder Kind bei Fortdauer der Beschäftigung gefährdet sind. Nach den zutreffenden Feststellungen des erstinstanzlichen Urteils ist vorliegend bei der Klägerin zu Recht ein entsprechendes Beschäftigungsverbot nach [§ 3 Abs. 1 MuSchG](#) von dem behandelnden Gynäkologen angenommen worden. Aufgrund dieses Beschäftigungsverbotes kann jedoch nicht von einem Wegfall der "objektiven Verfügbarkeit" der Klägerin ausgegangen werden.

Zunächst kann weder aus rein tatsächlichen Gründen von einer das "Können" im Sinne des [§ 119 Abs. 5 Nr. 1 SGB III](#) ausschließenden Arbeitsunfähigkeit der Klägerin im Hinblick auf die für sie in Betracht kommenden Beschäftigungen auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt ausgegangen werden, noch kann eine Arbeitsunfähigkeit unter Berücksichtigung des von dem Arzt ausgesprochenen Verbotes alle Arten der Berufstätigkeit betreffenden Beschäftigungsverbot nach [§ 3 Abs. 1 MuSchG](#) unterstellt werden (vgl. das von der Beklagten zitierte Urteil des LSG Sachsen-Anhalt v. 23.06.2009 - [L 2 AL 41/06](#), Seite 7, unter Hinweis auf die Entscheidung des BSG v. 09.09.1999 [B 11 AL 77/98 R](#), [SozR 3-4100 § 103 Nr. 19](#) = Breith. 200, 201 ff und im Ergebnis auch Gutzler, Nomos-Kommentar zum SGB III von Mutschler/Bartz/Schmidt De Caluwe, 3. Aufl., 2008, § 119 Rz.: 127).

Nach den sehr detaillierten Ausführungen des behandelnden Gynäkologen im Schreiben vom 12.10.2009 ist zur Überzeugung des Senats nicht von einem eine Arbeitsunfähigkeit begründenden regelwidrigen Körper- und Geisteszustand der Klägerin auszugehen, sondern lediglich von einem die Schwangerschaft gefährdenden erhöhten gesundheitlichen Risikopotential in Form einer zu Beginn der

Schwangerschaft kurzfristig aufgetretenen Schmierblutung, von Dysphorien sowie einem Schwangerschaftsdiabetes. Diese gesundheitlichen Risikofaktoren hätten jedoch weder alleine noch zusammengekommen – nach den nachvollziehbaren Darlegungen des Arztes eine Arbeitsunfähigkeitsattestierung gerechtfertigt. Eine Leistungspflicht der zuständigen Krankenkasse in Form der Gewährung von Krankengeld nach [§ 44 Fünftes Buch Sozialgesetzbuch - Gesetzliche Krankenversicherung \(SGB V\)](#) hat daher zur Überzeugung des Senats auszuschneiden.

Eine Gleichstellung der genannten Gefährdungssituation einer Schwangeren mit einer Arbeitsunfähigkeit, um auf diese Weise zur Gewährung eines Lohnersatzes (nämlich der Gewährung von Krankengeld) für die Schwangere bei Ausspruch eines Beschäftigungsverbotes nach [§ 3 Abs. 1 MuSchG](#) zu gelangen, erachtet der Senat für nicht vertretbar.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG setzt eine Arbeitsunfähigkeit eine Krankheit voraus, aufgrund derer die zuletzt ausgeübte Tätigkeit (bzw. im Fall der Arbeitslosigkeit eine Tätigkeit im Hinblick auf den für den Betroffenen in Betracht kommenden Arbeitsmarkt) überhaupt nicht mehr oder nur auf die Gefahr einer Verschlimmerung des Zustandes hin ausgeübt werden kann (vgl. Urteile d. BSG v. 09.12.1986 [8 RK 27/84](#), [SozR 2200 § 183 Nr. 51](#); v. 08.02.2000 [B 1 KR 11/99 R](#), [SozR 3-2500 § 49 Nr. 4](#) sowie v. 19.09.2002 - [B 1 KR 11/02 R](#), [SozR 3-2500 § 44 Nr. 10](#)).

Eine Krankheit ist ein regelwidriger Körper- und Geisteszustand (vgl. Urteil d. BSG v. 19.10.2004 [B 1 KR 3/03 R](#) mwNachw, juris). Eine Schwangerschaft stellt jedoch keinen regelwidrigen Körper- oder gar Geisteszustand dar und wird daher auch im Rahmen der Systematik der gesetzlichen Krankenversicherung bewusst anderen Regelungen als denen einer Krankheit unterworfen (vgl. Nolte, Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, Band 2, 63. Ergl. 2010, § 196 RVO, Rz. 3 sowie Gerlach Kommentar zum SGB Hauck/Noftz, 3/10. Ergl. 2010, [§ 44 SGB V](#) Rz. 58 ff). Eine Schwangere erhält daher in der Regel (soweit nicht neben die Schwangerschaft eine tatsächliche Erkrankung hinzutritt) keine Leistungen nach dem SGB V, sondern ausschließlich Leistungen nach §§ 195 ff. der Reichsversicherungsordnung (RVO), in denen ausdrücklich die Leistungen bei Schwangerschaft und Mutterschaft geregelt sind. In § 200 RVO findet sich insoweit auch eine dem Krankengeld vergleichbare Lohnersatzregelung; diese wird allerdings nur im Fall der in [§ 3 Abs. 2 MuSchG](#) vorgesehenen Mutterschutzfrist angewandt. Nach § 200 RVO erhalten hiernach Schwangere, die bei Arbeitsunfähigkeit Anspruch auf Krankengeld haben oder denen wegen der erwähnten Mutterschutzfrist des [§ 3 Abs. 2 MuSchG](#) (also 6 Wochen vor der Entbindung) kein Arbeitsentgelt gezahlt wird, Mutterschaftsgeld durch die Krankenkassen. Eine vergleichbare Regelung findet sich jedoch für den Fall eines Beschäftigungsverbotes nach [§ 3 Abs. 1 MuSchG](#) nicht. Vielmehr hat der Gesetzgeber in den genannten Fällen durch die Regelung in [§ 11 Abs. 1 MuSchG](#) bestimmt, dass Frauen, die wegen eines Beschäftigungsverbotes nach [§ 3 Abs. 1 MuSchG](#) mit der Arbeit aussetzen müssen, soweit sie nicht "Mutterschaftsgeld" nach den Vorschriften der RVO beziehen können, vom Arbeitgeber einen in [§ 11 Abs. 1 MuSchG](#) näher definierten "Mutterschutzlohn" erhalten.

Würde man mithin die erwähnte Gefährdungssituation einer Schwangeren mit einer Arbeitsunfähigkeit gleichstellen – was schon vor dem Hintergrund der oben genannten Erwägungen fragwürdig erscheint – würde dies dazu führen, dass bei einer solchen Gefährdungssituation und der hiermit gleichzeitig anzunehmenden Arbeitsunfähigkeit der Schwangeren stets die Krankenversicherung Krankengeld im Sinne des [§ 44 SGB V](#) leisten müsste, so dass anstelle des Arbeitgebers nach [§ 11 Abs. 1 MuSchG](#) die Krankenversicherung das Risiko eines Beschäftigungsverbotes nach [§ 3 Abs. 1 MuSchG](#) tragen würde. [§ 11 Abs. 1 MuSchG](#) wäre mithin "de facto" bedeutungslos (vgl. Hessisches LSG v. 20.08.2007 - [L 9 AL 35/04](#), [FamRZ 2008, 648](#) ff und juris Rz.: 34 ff., insbes. Rz. 38 ff + 40; unklar LSG Baden-Württemberg v. 29.09.1978 - [L 4 KR 1323/77](#), Breith. 1979, 306 ff). Losgelöst hiervon ist in den vom Gemeinsamen Bundesausschuss nach [§ 92 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 SGB V](#) erlassenen Arbeitsunfähigkeitsrichtlinien (in der Fassung vom 19.09.2006, gültig ab 23.12.2006, BAnz 2006, 7356 ff, unter Ordnungsziffer 425 Aichberger Ergänzungsband zur Gesetzlichen Krankenversicherung und Sozialen Pflegeversicherung) unter § 3 Abs. 2 AU-RL sogar ausdrücklich geregelt, dass eine Arbeitsunfähigkeit bei einem Beschäftigungsverbot nach [§ 3 Abs. 1 MuSchG](#) nicht vorliegt. Es lässt sich daher weil eine Arbeitsunfähigkeit der Klägerin nicht besteht – nicht ohne weiteres annehmen, dass die Klägerin sich den Vermittlungsbemühungen der Agentur für Arbeit nicht zur Verfügung stellen "kann".

Eine Vielzahl von Stimmen in der Rechtsprechung und Literatur ist allerdings der Auffassung, dass eine "objektive Verfügbarkeit" einer arbeitslosen Schwangeren für den Fall eines absoluten Beschäftigungsverbotes nach [§ 3 Abs. 1 MuSchG](#) insoweit nicht vorliegen könne, als die arbeitslose Schwangere sich im genannten Fall jedenfalls nicht den Vermittlungsbemühungen der Agentur für Arbeit zur Verfügung stellen "dürfe". Der betroffenen Schwangeren stünde daher bei einem entsprechenden Beschäftigungsverbot nach [§ 3 Abs. 1 MuSchG](#), sofern bei ihr nicht gleichzeitig eine Arbeitsunfähigkeit attestiert würde, weder ein Anspruch auf Alg noch auf Krankengeld zu, womit auch zugleich der Krankenversicherungsschutz nach [§ 5 Abs. 1 Nr. 2 SGB V](#) und [§ 192 Abs. 1 Nr. 2 SGB V](#) entfallen würde. Die sich hieraus unter Beachtung des in [Art. 6 Abs. 4 GG](#) niedergelegten Schutzgebotes für werdende Mütter ergebende (einfach gesetzliche) Regelungslücke muss nach der genannten Auffassung geschlossen werden. Dies wird zunächst mit [Art. 3 GG](#) begründet, da arbeitslose Schwangere, anders als erwerbstätige Schwangere, die durch die Regelung der Weitergewährung eines Mutterschutzlohnes durch den Arbeitgeber gemäß [§ 11 MuSchG](#) von dem Gesetzgeber hinreichend geschützt seien, keine finanzielle Absicherung erfahren würden. Ferner wird hierfür der nach [Art. 6 Abs. 4 GG](#) anzustrebende weitgehend vollständige Schutz von Mutter und Kind (entsprechend den Darlegungen des Bundesverfassungsgerichts im Beschluss vom 28.03.2006 [1 BvL 10/01](#), [SozR 4-4300 § 123 Nr. 3](#)) herangezogen. Für eine unbeabsichtigte Regelungslücke sprächen auch die Ausführungen im BSG-Urteil vom 09.09.1999 ([a.a.O.](#)), wonach ein generelles Beschäftigungsverbot ohne eine die Verfügbarkeit ausschließende Arbeitsunfähigkeit praktisch kaum denkbar sei. Diese planwidrige und unbeabsichtigte Regelungslücke sei im Wege einer verfassungskonformen Heranziehung der Rechtgedanken in [§ 120 Abs. 1 SGB III](#) (Sonderfälle der Verfügbarkeit), [§ 125 SGB III](#) (Minderung der Leistungsfähigkeit) sowie [§ 126 SGB III](#) (Leistungsfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit) dadurch zu schließen, dass man eine Verfügbarkeit der arbeitslosen Schwangeren "fingiere" und die Agentur für Arbeit daher gehalten sei, einer beschäftigungslosen Schwangeren während des nach [§ 3 Abs. 1 MuSchG](#) bestehenden Beschäftigungsverbotes vergleichbar dem nach [§ 11 Abs. 1 MuSchG](#) zur Entgeltfortzahlung verpflichteten Arbeitgeber – Alg weiterzugewähren (vgl. LSG Niedersachsen-Bremen v. 25.10.2010 [L 11 AL 149/07](#), juris Rz.: 27 ff, Revision anhängig beim BSG [B 11 AL 37/10 R](#); LSG Baden-Württemberg v. 22.06.2010 - [L 13 AL 4524/09](#), juris Rz.: 16, Revision anhängig beim BSG [B 11 AL 26/10 R](#); Hessisches LSG v. 20.08.2007 [L 9 AL 35/04](#), juris Rz.: 42 ff, nachgehend BSG v. 05.08.2008 [B 11a AL 167/07 B](#); Loose, ZFSH SGB 2010, 516 ff. sowie Mutschler, Kommentar zum Sozialrecht von Kreike-bohm/Spellbrink/Watermann, 1. Aufl., 2009, § 119 III, Rz. 43; ablehnend Gutzler, Nomos-Kommentar zum SGB III von Mutschler/Bartz/Schmidt De Caluwe, 3. Aufl., 2008, § 119 Rz.: 127).

Der Senat stimmt zwar dem verfassungsrechtlich gebotenen Ziel einer Weitergewährung von Alg in der genannten Fallkonstellation zu und mithin auch dem Bestreben nach einer verfassungskonformen Auslegung der zugrunde liegenden Vorschriften. Er ist jedoch der Auffassung,

dass hierfür nicht zwingend eine "Fiktion der Verfügbarkeit" erforderlich ist, die das BSG aus überzeugenden Gründen bisher im Rahmen von sozialrechtlichen Herstellungsansprüchen abgelehnt hat (vgl. Entscheidungen v. 07.05.2009 [B 11 AL 72/08 B](#) , juris Rz. 16 ff; v. 31.01.2006 - [B 11a AL 15/05 R](#) , juris Rz.: 42 ff; v. 19.01.2005 B [11a/11 AL 35/04 R](#) , [SozR 4-4300 § 147 Nr. 3](#) sowie v. 21.03.1990 7 Rar 36/88 , juris Rz. 42 ff).

Nach einer sich eng am Wortlaut der genannten Vorschriften orientierende Auslegung ist es zur Überzeugung des Senats möglich, den verfassungsrechtlichen Vorgaben gerecht zu werden. Legt man nämlich den Wortlaut des [§ 119 Abs. 5 Nr. 1 SGB III](#) zu Grunde, fällt auf, dass die Vorschrift zur Bestimmung der Verfügbarkeit entscheidend auf die Person des Beschäftigungslosen und dessen objektives "Können" und "Dürfen" abstellt. Nach dem Wortlaut der genannten Norm steht den Vermittlungsbemühungen der Agentur für Arbeit zur Verfügung, wer eine versicherungspflichtige, mindestens 15 Stunden wöchentlich umfassende zumutbare Beschäftigung unter den üblichen Bedingungen des für ihn in Betracht kommenden Arbeitsmarktes ausüben kann und darf.

Wie bereits erwähnt "kann" sich die Klägerin, da bei ihr keine Arbeitsunfähigkeit besteht, "an sich" durchaus der Arbeitsvermittlung zur Verfügung stellen. Im Hinblick auf das "Dürfen" wäre unter Berücksichtigung der genannten Erwägungen mithin entscheidend, wer Adressat des Beschäftigungsverbotes ist. Ist der Beschäftigungslose nämlich nicht selber Adressat des Beschäftigungsverbots, lässt sich mit gutem Grund fragen, warum er sich dann – aus seiner Sicht – nicht der Arbeitsvermittlung zur Verfügung stellen "darf".

Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass Beschäftigungsverbote in der Regel nicht zu einer Einschränkung der Verfügbarkeit führen, sondern nach [§ 121 Abs. 2 SGB III](#) nur zur fehlenden Zumutbarkeit der Aufnahme bestimmter Tätigkeiten. So ist nach [§ 121 Abs. 2 SGB III](#) einem Arbeitslosen eine Beschäftigung insbesondere dann nicht zumutbar, wenn die Beschäftigung gegen gesetzli-che, tarifliche oder in Betriebsvereinbarungen festgelegte Bestimmungen über Arbeitsbedingungen oder gegen Bedingungen des Arbeitsschutzes verstößt. Gesetzliche Beschäftigungsverbote führen daher, obwohl sie im Einzelfall "de facto" zu einer kaum noch zu realisierenden Vermittelbarkeit führen, dennoch nicht zu dem für den Betroffenen nachteiligen Entfallen der "objektiven Verfügbarkeit". Zu Recht hat insoweit Heuer im Hinblick auf die Vorgängervorschrift des [§ 119 Abs. 5 Nr. 1 SGB III](#) in § 103 Arbeitsförderungsgesetz (AFG) darauf hingewiesen, dass die Frage des die Verfügbarkeit bestimmenden "Könnens" und "Dürfens" nicht völlig unabhängig von der Frage der Zumutbarkeit betrachtet werden könne (vgl. Heuer im Luchterhand-Kommentar zum Arbeitsförderungsgesetz (AFG) von Hennig/Kühl/Heuer/Henke, 87. Ergl., 1995, § 103, Rz. 10, Gutzler, a.a.O. § 119 Rz. 27). Gerade vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlich gebotenen Auslegung der Norm darf nach Auffassung des Senats der Begriff der "objektiven Verfügbarkeit" deshalb nicht zu eng ausgelegt werden. Vielmehr muss es als ausreichend angesehen werden, wenn der betroffene Beschäftigungslose sich ausschließlich aus seiner Sicht betrachtet der Vermittlung der Agentur für Arbeit objektiv zur Verfügung stellen "kann" und "darf".

Nach [§ 3 Abs. 1 MuSchG](#) dürfen werdende Mütter nicht beschäftigt werden, soweit nach ärztlichem Zeugnis Leben oder Gesundheit von Mutter oder Kind bei Fortdauer der Beschäftigung gefährdet ist.

Adressat des genannten Beschäftigungsverbots ist damit unstreitig nicht die werdende Mutter, sondern der Arbeitgeber, wie sich zudem auch aus der Sanktions-norm des [§ 24 MuSchG](#) ergibt, nach der "allein" der Arbeitgeber im Falle eines Verstoßes gegen das genannte Beschäftigungsverbot mit entsprechenden Sanktionen zu rechnen hat. Im Ergebnis führt das absolute Beschäftigungsverbot in [§ 3 Abs. 1 MuSchG](#) zwar dazu, dass für den Zeitraum seines Bestehens sich die Vermittelbarkeit der beschäftigungslosen Schwangeren für die Agentur für Arbeit als "Quasi-Arbeitgeberin" auf Null reduziert, was jedoch nicht zwingend bedeutet, dass – aus Sicht der Schwangeren betrachtet die Verfügbarkeit ausgeschlossen ist.

Diese differenzierte Betrachtungsweise nach dem Normadressaten eines Beschäftigungsverbotes dürfte auch der vom Gesetz grundsätzlich intendierten Risikozuweisung von Beschäftigungsverboten gerecht werden. Richtet sich nämlich ein Beschäftigungsverbot nicht direkt an den betreffenden Beschäftigungslosen, ist Ursache hierfür – wie auch im Falle der Klägerin – in der Regel dessen erhöhte Schutzbedürftigkeit, die es umgekehrt gerade nicht plausibel erscheinen lässt, dem betreffenden Beschäftigungslosen, der sich an sich objektiv der Arbeitsvermittlung zur Verfügung stellen kann und von seiner Warte aus auch darf, von Anfang an jegliche Möglichkeit auf Gewährung des Alg sofern alle übrigen Anspruchsvoraussetzungen, wie bei der Klägerin, erfüllt sind – zu verwehren.

Im Übrigen lässt es sich mit der Gesetzesintention im SGB III auch durchaus vereinbaren, dass die Agentur für Arbeit das erwähnte Schutzrisiko zu tragen hat. Der Gesetzgeber hat nämlich über die Zumutbarkeitsregelung in [§ 121 SGB III](#) bereits zum Ausdruck gebracht, dass die mit möglichen Schutzvorschriften einhergehende Einschränkung der Vermittelbarkeit zu Lasten der Agentur für Arbeit geht. Schließlich entspräche eine solche verfassungskonforme Auslegung auch der von der vorherrschenden Auffassung mit der Fiktion der Verfügbarkeit intendierten Zielsetzung, der zufolge die Agentur für Arbeit vergleichbar dem nach [§ 11 Abs. 1 MuSchG](#) zur Entgeltfortzahlung verpflichteten Arbeitgeber zur Weitergewährung von Leistungen verpflichtet sein soll.

Hinweise darauf, dass die Klägerin subjektiv den Vermittlungsbemühungen der Beklagten im Sinne des [§ 119 Abs. 5 Nr. 3](#) und 4 SGB III nicht zur Verfügung gestanden hat, sind nicht ersichtlich.

Wie zutreffend angenommen, bringt der Arbeitslose in der Regel mit seiner Arbeitslosmeldung seine Arbeitsbereitschaft zum Ausdruck (vgl. Urteil d. BSG v. 21.03.2006 - [B 5 RJ 27/05 R](#) , juris Rz. 18 mwNachw sowie Steinmeyer, Kommentar zum SGB II/SGB III von Gagel, Band 1, St. 39. Ergl., 2010, § 119, Rz. 303). Weitergehende Anforderungen zur Darlegung der Arbeitsbereitschaft sind grundsätzlich nicht zu stellen. So reicht die bloße Vermutung von Arbeitsunwilligkeit noch nicht aus, um die Arbeitsbereitschaft auszuschließen (vgl. Urteil d. BSG v. 21.03.1956 [7 Rar 7/55](#) , [BSGE 2,67](#) ff und juris Rz.: 23). Ebenso wenig darf die bloße Vermutung, eine arbeitslose Schwangere würde bei einem ausgesprochenen Beschäftigungsverbot auch subjektiv nicht zur Arbeit bereit sein, zur Verneinung der subjektiven Verfügbarkeit führen. Sofern sich keine Anhaltspunkte für eine Einschränkung der Arbeitsbereitschaft erkennen lassen, ist ein weitergehender Nachweis zur Konkretisierung des Willens erst dann zu verlangen, wenn aufgrund bestimmter Umstände Zweifel an der Erklärung des Betroffenen ange-bracht sind (vgl. Steinmeyer, a.a.O sowie Entscheidung d. BSG v. 10.12.1980 [7 Rar 93/79](#) , [BSGE 51,70](#) ff. und juris Rz. 35). Die Klägerin hat jedoch im Hinblick auf ihre Arbeitsbereitschaft nach dem Akteninhalt zu keinem Zeitpunkt Angaben gemacht, die für eine Arbeitsunwilligkeit also für eine fehlende oder nur eingeschränkte Arbeitsbereitschaft im Sinne des [§ 119 Abs. 5 Nr. 3](#) und 4 SGB III sprechen könnten. In diesem Zusammenhang ist im Übrigen auch zu berücksichtigen, dass die "subjektive Verfügbarkeit" - bei grundsätzlicher Annahme ihres Fortbestehens ihre Grenzen ohnehin in der individuellen Zumutbarkeit finden muss. Die Anforderungen, die an die Klägerin

im Hinblick auf ihre subjektive Verfügbarkeit unter Berücksichtigung des sich allerdings nicht an sie, sondern an den Arbeitgeber richtenden Beschäftigungsverbotes in [§ 3 Abs. 1 MuSchG](#) gestellt werden dürfen, sind daher minimal. Gerade vor dem Hintergrund einer gebotenen verfassungskonformen Auslegung des [§ 119 Abs. 5 SGB III](#) darf dies nicht dazu führen, eine subjektive Verfügbarkeit von vorneherein abzulehnen.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#).

Die Revision ist gemäß [§ 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache zuzulassen, wie sie auch aus denen beim BSG anhängigen Rechtsstreitigkeiten unter den Aktenzeichen: [B 11 AL 37/10 R](#) und [B 7 AL 26/10 R](#), die sich ebenfalls mit der erwähnten Rechtsfrage befassen, erkennbar ist.

Rechtskraft

Aus

Login

RPF

Saved

2011-03-14