

## S 6 AL 4914/09

Land  
Baden-Württemberg  
Sozialgericht  
SG Karlsruhe (BWB)  
Sachgebiet  
Arbeitslosenversicherung  
Abteilung  
6  
1. Instanz  
SG Karlsruhe (BWB)  
Aktenzeichen  
S 6 AL 4914/09  
Datum  
22.04.2010  
2. Instanz  
LSG Baden-Württemberg  
Aktenzeichen  
-  
Datum  
-  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
-  
Datum  
-  
Kategorie  
Urteil  
Leitsätze  
1. Ein bereits bei Antragstellung bestehendes Beschäftigungsverbot  
Nach [§ 3 Abs. 1 MuSchG](#) steht einer Verfügbarkeit gemäß [§ 119](#)  
Abs. 5 SGB III nicht zwingend entgegen.

2. Eine Risikoschwangerschaft führt nicht zwangsläufig zur Arbeits-  
Unfähigkeit.

3. Die bestehende Gesetzeslücke ist verfassungskonform unter Be-  
rücksichtigung von [Art. 3](#) und [6 Abs. 4 GG](#) zu schließen. Die §§  
120, [125](#), [126 SGB III](#) und § 11 MusSchG sind hierbei heranzu-  
ziehen.

1. Unter Aufhebung des Bescheids vom 27.08.2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 07.10.2009 wird die Beklagte verurteilt,  
der Klägerin Arbeitslosengeld I für den Zeit- raum vom 16.11.2009 bis zum 26.11.2009 in gesetzlicher Höhe zu gewähren. 2. Die Beklagte  
hat der Klägerin deren außergerichtliche Kosten zu erstatten. 3. Die Berufung wird zugelassen.

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten ist die Rechtmäßigkeit der Ablehnung der Bewilligung von Arbeitslosengeld I für den Zeitraum vom ... bis zum ...  
wegen der fehlenden Verfügbarkeit der Klägerin (Kl.) im Streit.

Die Kl. war vom ... bis zur betriebsbedingten Kündigung zum ... als "Leiterin Einkauf und Logistik" versicherungspflichtig beschäftigt. Wegen  
ihrer ungewollten Kinderlosigkeit unterzog sie sich einer IVF-Behandlung, worauf am ... ihre Schwangerschaft festgestellt wurde. Vom  
21.04.2009 bis zum 22.06.2009 war die Kl. arbeitsunfähig krank und bezog vom 02.06.2009 bis zum 22.06.2009 von der Beigeladenen  
Krankengeld. Am 23.06.2009 sprach ihr behandelnder Frauenarzt für die Restdauer der Schwangerschaft ein Beschäftigungsverbot nach [§ 3](#)  
[Abs. 1](#) Mutterschutzgesetz (MuSchG) aus. Den Antrag auf Bewilligung von Arbeitslosengeld I vom 29.07.2009 lehnte die Beklagte (Bekl.)  
durch Bescheid vom 27.08.2009 ab, weil die Kl. aufgrund des für sie bestehenden Beschäftigungsverbots nicht arbeitslos sei, da sie den  
Vermittlungsbemühungen der Bekl. nicht zur Verfügung stünde.

Hiergegen legte die Kl. am 02.09.2009 Widerspruch ein und trug zur Begründung vor, nach der sozialgerichtlichen Rechtsprechung müsse in  
ihrem Fall von einer fingierten Verfügbarkeit ausgegangen werden. Die Bekl. sei als Ersatzarbeitgeber zuständig. Durch  
Widerspruchsbescheid vom 07.10.2009 wies die Bekl. den Widerspruch als unbegründet zurück. Die Kl. sei nicht arbeitslos, da sie den  
Vermittlungsbemühungen der Bekl. nicht zur Verfügung stünde. Ihr behandelnder Arzt habe ein generelles Beschäftigungsverbot für alle  
Arten einer Berufstätigkeit ausgesprochen. Nach den Ausführungen des Bundessozialgericht (BSG, Urteil vom 09.09.1999, [B 11 AL 77/98 R](#))  
sei ein generelles Beschäftigungsverbot ohne eine die Verfügbarkeit ausschließende Arbeitsunfähigkeit nicht denkbar. Hierfür würde auch  
die durch den behandelnden Arzt der Kl. zunächst ausgestellte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, an die sich das Beschäftigungsverbot  
nahtlos angeschlossen habe, sprechen. Die von der Kl. zitierten Urteile würden sich allesamt auf Sachverhalte beziehen, in denen bei bereits  
erfolgter Bewilligung von Arbeitslosengeld I aufgrund des nachträglichen Ausspruchs eines Beschäftigungsverbots eine Aufhebung der  
Bewilligung erfolgte. Diese Sachverhalte seien mit dem vorliegenden Fall der Ablehnung der Bewilligung von Arbeitslosengeld I wegen eines  
bereits bestehenden Beschäftigungsverbots nicht vergleichbar. Mit ihrer am ... zum Sozialgericht ... erhobenen Klage verfolgt die Kl. ihren  
Antrag weiter. Sie bekräftigt ihre Ausführungen zur Widerspruchsbegründung und trägt ergänzend vor, bei ihr liege keine die Verfügbarkeit

ausschließenden Arbeitsunfähigkeit vor. Ihre Schwangerschaft habe sich von Anfang an komplikationslos entwickelt und sei damit nicht als Krankheit anzusehen. Die Arbeitsunfähigkeit sei lediglich für die erste kritische Phase der Schwangerschaft ausgesprochen worden, da nach einer IVF-Behandlung ein erhöhtes Abortrisiko bestehe.

Die Kl. beantragt,

den Bescheid vom 27.08.2009 in der Gestalt des Widerspruchbescheids vom 07.10.2009 aufzuheben und die Bekl. zu verurteilen, ihr für die Zeit vom 16.11.2009 bis zum 26.11.2009 Arbeitslosengeld I in gesetzlicher Höhe zu gewähren.

Die Bekl. beantragt,

die Klage abzuweisen.

Zur Begründung ihres Antrags verweist die Bekl. auf ihre Ausführungen im Widerspruchsbescheid vom 07.10.2009.

Die Beigeladene hat keinen Antrag gestellt. Sie hat ausgeführt, ein Anspruch der Kl. auf Zahlung von Krankengeld bestünde nicht, da sie nicht arbeitsunfähig krank sei. Das für die Kl. bestehenden Beschäftigungsverbot sei gerade nicht mit einer Arbeitsunfähigkeit gleichzusetzen.

Zur weiteren Darstellung des Sachverhalts und des Vorbringens des Beteiligten wird auf den Inhalt der dem Gericht vorliegenden Verwaltungsakte der Bekl. sowie den der Prozessakte Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige kombinierte Anfechtungs- und Leistungsklage gemäß [§ 54 Abs. 1 Satz 1](#) Var. 1 und Abs. 4 Sozialgerichtsgesetz (SGG) ist begründet. Der Bescheid der Bekl. vom 27.08.2009 in der Gestalt des Widerspruchbescheids vom 07.10.2009 ist rechtswidrig und verletzt die Kl. in ihren Rechten. Der Kl. steht für den Zeitraum vom 16.11.2009 bis zum 26.11.2009 ein Anspruch auf Arbeitslosengeld I zu.

1. Ein Anspruch auf Arbeitslosengeld I bei Arbeitslosigkeit haben Arbeitnehmer, die arbeitslos sind, sich bei der Agentur für Arbeit arbeitslos gemeldet und die Anwartschaftszeit erfüllt haben ([§ 118 Abs. 1](#) Sozialgesetzbuch Drittes Buch [SGB III]). Arbeitslos ist ein Arbeitnehmer, der nicht in einem Beschäftigungsverhältnis steht (Beschäftigungslosigkeit), sich bemüht, seine Beschäftigungslosigkeit zu beenden (Eigenbemühungen) und den Vermittlungsbemühungen der Agentur für Arbeit zur Verfügung steht (Verfügbarkeit) ([§ 119 Abs. 1 SGB III](#)). Den Vermittlungsbemühungen der Agentur für Arbeit steht zur Verfügung, wer 1. eine versicherungspflichtige, mindestens 15 Stunden wöchentlich umfassende zumutbare Beschäftigung unter den üblichen Bedingungen des für ihn in Betracht kommenden Arbeitsmarktes ausüben kann und darf, 2. Vorschlägen der Agentur für Arbeit zur beruflichen Eingliederung zeit- und ortsnahe Folge leisten kann, 3. bereit ist, jede Beschäftigung im Sinne des [§ 119 Abs. 5 Nr. 1 SGB III](#) anzunehmen und auszuüben und 4. bereit ist, an Maßnahmen zur beruflichen Eingliederung in das Erwerbsleben teilzunehmen. ([§ 119 Abs. 5 SGB III](#)).

Orientiert an diesen gesetzlichen Voraussetzungen ist der Bescheid der Bekl. vom 27.08.2009 in der Gestalt des Widerspruchbescheids vom 07.10.2009 rechtswidrig und verletzt die Kl. in ihren Rechten. Der Kl. steht in dem oben genannten Zeitraum ein Anspruch auf Arbeitslosengeld I zu, da sie entgegen der Auffassung der Bekl. verfügbar i.S. des [§ 119 Abs. 5 SGB III](#) war. Das nach [§ 3 Abs. 1 MuSchG](#) bestehende Beschäftigungsverbot hat nicht zur Arbeitsunfähigkeit und damit zur fehlenden Verfügbarkeit der Kl. geführt (hierzu unter a.). Es stand auch im Übrigen ihrer Verfügbarkeit nicht entgegen (hierzu unter b.).

a.) Eine für alle Arten einer Beschäftigung bestehende krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit führt zum Ausschluss der objektiven Verfügbarkeit i.S. des [§ 119 Abs. 5 SGB III](#) (Steinmeyer, in: Gagel, SGB III, 36. EL 2009, [§ 119 SGB III](#), Rn. 193). Bei der Kl. lag jedoch keine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit, sondern lediglich ein Beschäftigungsverbot nach [§ 3 Abs. 1 MuSchG](#) vor. 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. Eine solche bestehende Gefährdung hat der behandelnde Arzt der Kl. in seinem Befundbericht vom 03.11.2009 umfassend dargelegt. Demnach bestehe nach einer IVF generell ein erhöhtes Risiko sowohl für die kindliche Entwicklung als auch beim Austragen der Schwangerschaft.

Eine Arbeitsunfähigkeit lag bei der Kl. nicht vor. Im Sinne der von der Rechtsprechung entwickelten Definition liegt Arbeitsunfähigkeit vor, wenn der Arbeitslose infolge Krankheit überhaupt nicht oder nur auf die Gefahr hin, seinen Zustand zu verschlimmern, fähig ist, seiner bisher ausgeübten Erwerbstätigkeit oder einer ähnlichen Beschäftigung nachzugehen, bzw. die ihm nach dem SGB III zumutbaren Tätigkeiten nicht mehr ausüben kann. Krankheit ist ein regelwidriger Körper- oder Geisteszustand, der ärztlicher Behandlung bedarf und Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat. Regelwidrig ist ein Körper- oder Geisteszustand, der vom Leitbild des gesunden Menschen dergestalt abweicht, dass die betreffende Person zur Ausübung der normalen psycho-physischen Funktionen nicht in der Lage ist. Danach ist eine Schwangerschaft auch mit den einhergehenden Beschwerden und Gefährdungen von Mutter und Kind (etwa durch die Arbeit) nicht als Krankheit anzusehen. Das Vorliegen einer Risikoschwangerschaft sagt von der Begrifflichkeit allein noch nichts darüber aus, inwieweit ein ärztliches Beschäftigungsverbot nach [§ 3 Abs. 1 MuSchG](#) oder die Feststellung krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit indiziert sind. Nur dann, wenn das Risiko auf einer Erkrankung beruht, liegt eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit nahe. Beruht das Risiko auf medizinischen Befunden, ohne dass eine Erkrankung festgestellt werden kann, spricht dies für ein ärztliches Beschäftigungsverbot (LSG Hessen, Urteil vom 20.08.2007, [L 9 AL 35/04](#), Rn. 34 m.w.N.; SG Osnabrück, Urteil vom 26.08.2009, [S 16 AL 131/08](#), Rn. 36 ff. &8210; jeweils nach juris).

Zur Überzeugung des Gerichts war der gesundheitliche Zustand der Kl. im Zeitpunkt des Ausspruchs des Beschäftigungsverbots am 23.06.2009 nicht krankhaft. Lediglich in der ersten Phase der Schwangerschaft war wegen der nach einer IVF in den ersten 12 Wochen deutlich erhöhten Abortrate eine Arbeitsunfähigkeit auszusprechen, bis feststand, dass die Nidation des Embryos erfolgt ist. Während der Dauer der ausgesprochenen Arbeitsunfähigkeit hat sich jedoch die Schwangerschaft komplikationslos entwickelt und die Kl. litt an keine weiteren schwangerschaftsbedingten Beschwerden. Das Gericht stützt sich insofern auf den für ihn schlüssigen und nachvollziehbaren

Befundbericht des behandelnden Arztes der Kl. vom 03.11.2009.

Soweit das BSG in einem obiter dictum ausgeführt hat, ein generelles Beschäftigungsverbot dürfte ohne eine die Verfügbarkeit ausschließende Arbeitsunfähigkeit nicht denkbar sein (BSG, Urteil vom 09.09.1999, [B 11 AL 77/98 R](#), Rn. 23 & 210; nach juris) und dies auch in der sozialgerichtlichen Rechtsprechung teilweise so gesehen wurde (LSG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 23.06.2009, [L 2 AL 41/06](#) - nicht veröffentlicht), wurde hierbei offensichtlich nicht der vorliegende Fall einer Risikoschwangerschaft ohne aktuelle Erkrankung bedacht (LSG Hessen, a.a.O., Rn. 38; SG Osnabrück, a.a.O., Rn. 54). Auch die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung geht nicht zwangsläufig von einem Gleichlauf von Beschäftigungsverbot und Arbeitsunfähigkeit aus (BAG, Urteil vom 13.02.2002, [5 AZR 588/00](#), Rn. 23 & 210; nach juris).

b.) Das für die Kl. nach [§ 3 Abs. 1 MuSchG](#) bestehende Beschäftigungsverbot führt auch im Übrigen nicht zu deren fehlenden Verfügbarkeit i.S. des [§ 119 Abs. 5 SGB III](#). Die Verfügbarkeit der Kl. ist im vorliegenden Fall zu fingieren (LSG Hessen, a.a.O., Rn. 42.; SG Osnabrück, a.a.O., Rn. 44).

Bei einem Beschäftigungsverbot nach [§ 3 Abs. 1 MuSchG](#) hat die werdende Mutter grundsätzlich ein Anspruch gemäß [§ 11 MuSchG](#) auf Mutterschutzlohn. Im Falle der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit besteht zunächst ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall ([§ 3 Entgeltfortzahlungsgesetz \[EntgFG\]](#)) und danach ein Anspruch auf Krankengeld ([§ 44 Sozialgesetzbuch Fünftes Buch \[SGB V\]](#)). Tritt zu einem bestehenden Beschäftigungsverbot ohne eine gleichzeitige krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit der Verlust des Arbeitsplatzes hinzu besteht weder ein Anspruch gemäß [§ 11 MuSchG](#) noch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalls bzw. auf Krankengeld. Die werdende Mutter hätte demnach keine Ansprüche und sie müsste gegebenenfalls Ansprüche auf Sozialhilfe geltend machen. Deshalb ist zu ihrem Schutz und dem des Kindes in den Fällen der vorliegenden Art von ihrer fingierten Verfügbarkeit auszugehen.

Diese Fiktion der Verfügbarkeit findet ihre Grundlage in dem Rechtsgedanken der [§§ 120, 125, 126 SGB III](#). Auch hier wird von einer fingierten Verfügbarkeit ausgegangen, da trotz der in diesen Fällen mangelnden Verfügbarkeit, ein Anspruch auf Arbeitslosengeld I besteht. [§ 126 SGB III](#) ist zwar nur dann anwendbar, wenn die Arbeitsunfähigkeit während des Bezugs von Arbeitslosengeld I eintritt (Winkler, in: Gagel, 36. EL 2009, SGB III, [§ 126 SGB III](#), Rn. 15), sodass von einer fingierten Verfügbarkeit, erst dann ausgegangen werden könnte, wenn das Beschäftigungsverbot nach [§ 3 Abs. 1 MuSchG](#) während des Bezugs von Arbeitslosengeld I ausgesprochen wird. Aus [§ 125 SGB III](#) ergibt sich jedoch, dass im Rahmen des SGB III auch dann von einer fingierten Verfügbarkeit ausgegangen wird, wenn bereits zu Beginn des Leistungsbezugs keine (tatsächliche) Verfügbarkeit des Leistungsempfängers besteht. Dementsprechend ist von einer fingierten Verfügbarkeit auch dann auszugehen, wenn das Beschäftigungsverbot nach [§ 3 Abs. 1 MuSchG](#) bereits bei der Antragsstellung ausgesprochen war. Für eine solche fingierte Verfügbarkeit spricht auch der Schutzzweck der [§§ 3 Abs. 1, 11 MuSchG](#) und [Art. 6 Abs. 4 GG](#). Nach [Art. 6 Abs. 4 GG](#) hat jede Mutter Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der staatlichen Gemeinschaft. Diesen Schutzauftrag ist auch bei der Auslegung der einfachgesetzlichen Bestimmungen Rechnung zu tragen. Zwar ergibt sich aus [Art. 6 Abs. 4 GG](#) nicht, dass die Kosten des Mutterschutzes ausschließlich vom Staat zu tragen sind, vielmehr wird die Gemeinschaft, zu der auch die Arbeitgeber gehören, in die Pflicht genommen. Der Gesetzgeber kann sich bei seiner Aufgabe, Mütter und Kinder zu schützen, auch Dritter bedienen. Eine Aufteilung der Kosten des Mutterschutzes zwischen Bund, Krankenkassen und Arbeitgeber ist daher im Hinblick auf [Art. 6 Abs. 4 GG](#) grundsätzlich nicht zu beanstanden. Vorliegend kommt nach den obigen Ausführungen jedoch kein übernahmepflichtiger Dritter in Betracht, da zum Zeitpunkt des Beschäftigungsverbots kein Arbeitsverhältnis mehr bestand und keine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit vorlag (SG Osnabrück, a.a.O., Rn. 51 m.w.N.). Demnach gebietet die grundgesetzliche Schutzpflicht ein Tätigwerden des Bundes in Form der Bewilligung von Arbeitslosengeld I. Ohne die Annahme einer fingierten Verfügbarkeit läge auch ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz des [Art. 3 GG](#) vor. Schwangere Arbeitslose erhielten ohne die aufgezeigte Lückenfüllung keine Leistungen nach dem SGB III, wogegen im Beschäftigungsverhältnis stehende schwangere Frauen in der gleichen gesundheitlichen Situation Mutterschutzlohn erhielten. Da es sich sowohl beim Arbeitslosengeld I als auch beim Mutterschutzlohn um sog. Lohnersatzleistungen handelt, würde hier eine Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem erfolgen. Nach alledem ist der Bescheid der Bekl. vom 27.08.2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 07.10.2009 rechtswidrig und verletzt die Kl. in ihren Rechten. Der Kl. steht für den Zeitraum vom 16.11.2009 bis zum 26.11.2009 ein Anspruch auf Arbeitslosengeld I in gesetzlicher Höhe zu. Der Klage war deshalb vollumfänglich statt zu geben. 2. Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#).

3. Die Berufung war gemäß [§ 144 Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) zuzulassen. Das Gericht misst der Frage, ob von einer fingierten Verfügbarkeit auch dann ausgegangen werden kann, wenn ein Beschäftigungsverbot nach [§ 3 Abs. 1 MuSchG](#) vor dem Bezug von Arbeitslosengeld I ausgesprochen wird, grundsätzliche Bedeutung bei.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2010-06-09