

Hessisches Landessozialgericht

L 9 AL 35/04

S 14 AL 1552/03 (Sozialgericht Gießen)

Verkündet am 20. August 2007

Verwaltungsangestellte
als Urkundsbeamtin der
Geschäftsstelle



Im Namen des Volkes

Urteil

In dem Rechtsstreit

A.,
A-Straße, A-Stadt,

Klägerin und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollm.: Rechtsanwältin B.,
B-Straße, B-Stadt,

g e g e n

Bundesagentur für Arbeit, vertreten durch das Vorsitzende Mitglied der Geschäftsführung
der Regionaldirektion Hessen,
Saonestraße 2 - 4, 60528 Frankfurt am Main,

Beklagte und Berufungsklägerin,

beigeladen:

1. Deutsche Angestellten Krankenkasse, vertreten durch den Vorstand,
Nagelsweg 27 - 31, 20097 Hamburg,
2. Wetteraukreis, vertreten durch den Kreisausschuss - Fachdienst Recht - ,
Europaplatz, 61169 Friedberg,

hat der 9. Senat des Hessischen Landessozialgerichts in Darmstadt auf die mündliche Verhandlung vom 20. August 2007 durch den Vorsitzenden Richter am Landessozialgericht Schöler, die Richterin am Landessozialgericht Hannappel, den Richter am Landessozialgericht Koepke, sowie die ehrenamtlichen Richter Betz und Streit für Recht erkannt:

- I. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts Gießen vom 10. Dezember 2003 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Verurteilung zur Gewährung von Arbeitslosengeld entfällt und anstelle der Aufhebung des Bescheides vom 24. Juni 2003 der diesen ersetzende Bescheid vom 21. März 2005 aufgehoben wird.
Unter Aufhebung des Bescheides vom 21. April 2004 wird die Beklagte verurteilt, der Klägerin für die Zeit ab 30. Juli 2003 Arbeitslosenhilfe in gesetzlichem Umfang zu gewähren.

- II. Die Beklagte hat die außergerichtlichen Kosten der Klägerin auch für das Berufungsverfahren zu erstatten.
Im Übrigen haben die Beteiligten einander keine Kosten zu erstatten.

- III. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

Es geht in dem Rechtsstreit um die Aufhebung der Bewilligung von Arbeitslosengeld ab 24. Juni 2003 wegen eines ärztlichen Beschäftigungsverbotes gemäß § 3 Abs. 1 Mutterschutzgesetz (MuSchG) bei bestehender Risikoschwangerschaft, sowie um die ab 30. Juli 2003 abgelehnte Anschluss-Arbeitslosenhilfe.

Die 1975 geborene Klägerin meldete sich bei der Beklagten nach einer längeren Unterbrechung („ohne Nachweis“) am 25. April 2003 erneut arbeitslos und beantragte Arbeitslosengeld. Mit Bescheid vom 9. Mai 2003 bewilligte die Beklagte der Klägerin für die Zeit ab 25. April 2003 Arbeitslosengeld mit einer (Rest)Anspruchsdauer von 96 Kalendertagen und einem täglichen Zahlbetrag in Höhe von 8,87 €. Mit Bescheid vom 15. Mai 2003 erhöhte die Beklagte den täglichen Zahlbetrag auf 11,87 €.

Die Klägerin übersandte der Beklagten eine ärztliche Bescheinigung ihres Frauenarztes C. vom 13. Mai 2003, in dem dieser für die Klägerin ein Beschäftigungsverbot nach § 3 Abs. 1 MuSchG für die Zeit vom 13. Mai bis zum 24. November 2003 aussprach.

Mit **Bescheid vom 24. Juni 2003** hob die Beklagte die Bewilligung von Arbeitslosengeld für die Zeit ab 24. Juni 2003 unter Hinweis auf §§ 142 SGB 3, 48 SGB 10 in Verbindung mit § 330 Abs. 3 SGB 3 mit der Begründung auf, die Klägerin habe nunmehr einen Anspruch auf Krankengeld bzw. Versorgungskranken- oder Verletztengeld.

Hiergegen hat die Klägerin am **16. Juli 2003 Widerspruch** eingelegt im Wesentlichen mit der Begründung, dass die Unfähigkeit zur Arbeitsleistung ausschließlich in der Schwangerschaft liege und keine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit vorliege. Die Klägerin wies ferner darauf hin, dass sie nach dem Bescheid der Beigeladenen zu 1) vom 11. Juli 2003 keinen Anspruch auf freiwillige Weiterversicherung habe (mangels erforderlicher Vorversicherungszeiten) und damit auch kein Anspruch auf Krankengeld bestehe.

Mit **Widerspruchsbescheid vom 1. August 2003** wies die Beklagte den Widerspruch mit der Begründung zurück, durch das ausgesprochene Beschäftigungsverbot sei die objektive Verfügbarkeit der Klägerin entfallen. Die Klägerin habe gemäß § 126 Abs. 1 Sozialgesetzbuch 3. Buch (SGB 3) ab 13. Mai 2003 trotz fehlender Verfügbarkeit Leistungsfortzahlung für 6 Wochen bis 23. Juni 2003 erhalten. Es möge dahingestellt bleiben, ob die Leistungsfortzahlung für die schwangerschaftsbedingte Arbeitsunfähigkeit zu Recht erfolgt sei oder nicht, eine Weitergewährung über 6 Wochen hinaus sei jedenfalls nicht möglich. In Anwendung von § 48 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB 10 in

Verbindung mit § 330 Abs. 3 SGB 3 sei die Entscheidung aufzuheben gewesen, da die Klägerin gewusst habe bzw. habe wissen müssen, dass bei Wegfall der Anspruchsvoraussetzung Verfügbarkeit kein Leistungsanspruch mehr gegeben sei.

Hiergegen hat die Klägerin am **7. August 2003 Klage** erhoben und u. a. vorgetragen, offenbar habe die Beklagte nunmehr auch erkannt, dass keine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit vorliege und deshalb im Widerspruchsbescheid den Leistungswegfall nunmehr mit dem Wegfall der Anspruchsvoraussetzung Verfügbarkeit begründet. Dabei habe die Beklagte übersehen, dass Beschäftigungen nicht zumutbar seien und damit die Verfügbarkeit gemäß § 121 Abs. 2 SGB 3 nicht ausgeschlossen sei, wenn eine Beschäftigung gegen Bestimmungen des Arbeitsschutzes verstoße. Die Regelungen des MuSchG seien Arbeitsschutzbestimmungen.

Mit Bescheid vom 19. August 2003 hat der Beigeladene zu 2) der Klägerin für die Zeit ab 24. Juli 2003 Leistungen nach dem Bundessozialhilfegesetz (BSHG) gewährt.

Am 22. November 2003 wurde die Klägerin gemäß den Angaben ihres Frauenarztes vom 21. März 2006 von einem „reifen gesunden Kind entbunden“.

Mit **Urteil vom 10. Dezember 2003** hat das Sozialgericht die angefochtenen Bescheide aufgehoben und die Beklagte verurteilt, Arbeitslosengeld über den 23. Juni 2006 hinaus in gesetzlichem Umfang zu gewähren. In der Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, das Beschäftigungsverbot des § 3 Abs. 1 MuSchG sei gerade nicht einer Arbeitsunfähigkeit gleichzusetzen, wie das Bundesarbeitsgericht (BAG) wiederholt entschieden habe. In dieser Zeit habe die Schwangere einen nicht auf 6 Wochen beschränkten Anspruch gegen den Arbeitgeber auf Mutterschutzlohn nach § 11 MuSchG. Eine arbeitslose Schwangere verliere daher infolge eines Beschäftigungsverbotes nach § 3 Abs. 1 MuSchG ihren Leistungsanspruch nach dem SGB 3, erwerbe aber auch keinen Krankengeldanspruch (wenn sie nicht arbeitsunfähig erkrankt sei) und verliere zusätzlich noch den Krankenversicherungsschutz. Diese Regelungslücke sei verfassungskonform nur dahin auszufüllen, dass die Beklagte bei Vorliegen eines Beschäftigungsverbotes nach § 3 Abs. 1 MuSchG, das nicht in einer zur Arbeitsunfähigkeit führenden Erkrankung begründet sei, der arbeitslosen Schwangeren die Leistungen weiterzuzahlen habe. Das Sozialgericht hat auf das Urteil des HLSG vom 14. Oktober 1998 (L 6 AL 496/98) und das dieses Urteil aufhebende Urteil des Bundessozialgerichts (BSG) vom 9. September 1999 (B 11 AL 77/98 R) hingewiesen und sich zu eigen gemacht.

Gegen das am 19. Januar 2004 zugestellte Urteil hat die Beklagte am **12. Februar 2004 Berufung**, hilfsweise Nichtzulassungsbeschwerde, eingelegt.

Die Beklagte trägt vor, das mit der Klage noch begehrte Arbeitslosengeld von 36 Tagen á 11,87 € erreiche mit 427,32 € den erforderlichen Wert des Beschwerdegegenstandes

für die Zulässigkeit der Berufung von über 500 € nicht. Die Berufung sei jedoch zuzulassen, da das Sozialgericht von dem Urteil des BSG vom 9. September 1999 (B 11 AL 77/98 R) abweiche. So habe das Sozialgericht nicht abschließend ermittelt, ob nicht doch eine Arbeitsunfähigkeit bei der Klägerin vorgelegen habe. Dies stelle auch einen Verfahrensmangel dar.

Darüber hinaus habe die Beklagte den mit Wirkung zum 30. Juli 2003 gestellten Antrag auf Anschluss-Arbeitslosenhilfe mit **Bescheid vom 21. April 2004** abgelehnt mit der Begründung, dass die Klägerin wegen des Beschäftigungsverbotes den Vermittlungsbemühungen der Beklagten nicht zur Verfügung stehe. Damit umfasse das Leistungsbegehren der Klägerin deutlich mehr als die 36 Tage.

Werde ein Beschäftigungsverbot gemäß § 3 Abs. 1 MuSchG generell für die gesamte Berufstätigkeit ausgesprochen, so sei dieses ohne die Verfügbarkeit ausschließende Arbeitsunfähigkeit nicht denkbar, da dann für eine Arbeitsvermittlung keinerlei Beschäftigungsmöglichkeiten mehr in Betracht kämen.

Die Beklagte teile die Bedenken der Beigeladenen zu 1) hinsichtlich der Besorgnis der Befangenheit des zum Gutachter ernannten Frauenarztes C. zum Sachverständigen. Dessen ausführliche Stellungnahme zeige nunmehr, dass es medizinisch fundierte Gründe für das generelle Beschäftigungsverbot gegeben habe. Er habe auch gezeigt, dass es sich gerade nicht um einen komplikationslosen Schwangerschaftsverlauf gehandelt habe, da zunehmend psychosomatische Beschwerden mit Krankheitswert aufgetreten seien. Es sei jetzt nachvollziehbar dargelegt, dass die Klägerin ohne gesundheitliche Gefahren für sich oder das Kind nicht mehr in irgendeiner Beschäftigung hätte eingesetzt werden können. Entsprechend dem Urteil des BSG vom 9. September 1999 (s. o.) müsse für die Dauer des Beschäftigungsverbotes von Arbeitsunfähigkeit ausgegangen werden. Deshalb sei die Annahme einer gesetzlichen Regelungslücke nicht gerechtfertigt. Die Einschaltung eines weiteren Sachverständigen sei nicht veranlasst.

Die Beklagte hat den Ablehnungsbescheid (wegen Arbeitslosenhilfe) vom 21. April 2004 vorgelegt; darin wird am Ende mitgeteilt, dass der Bescheid gemäß § 96 SGG zum Gegenstand des anhängigen Verfahrens werde.

Mit **Bescheid vom 21. März 2005** hat die Beklagte den Bescheid vom 24. Juni 2003 ersetzt und die Entscheidung über die Bewilligung von Arbeitslosengeld für die Zeit ab 24. Juni 2003 nunmehr mit abweichender Begründung aufgehoben; das attestierte Beschäftigungsverbot habe keinerlei Ausnahmen enthalten. Aufgrund des uneingeschränkten Verbotes habe die Klägerin für die Dauer des Beschäftigungsverbotes den Vermittlungsbemühungen der Beklagten nicht zur

Verfügung gestanden. Denn sie habe keine mindestens 15 Stunden wöchentlich umfassende Beschäftigung unter den üblichen Bedingungen des für sie in Betracht kommenden Arbeitsmarktes ausüben dürfen.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Gießen vom 10. Dezember 2003 aufzuheben und die Klage abzuweisen,
sowie die Klage gegen die Bescheide vom 21. April 2004 und vom 21. März 2005 abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen, sowie die Bescheide der Beklagten vom 21. April 2004 und vom 21. März 2005 aufzuheben und die Beklagte ferner zu verurteilen, ihr Arbeitslosenhilfe für die Zeit ab 30. Juli 2003 in gesetzlichem Umfang zu gewähren.

Die Beigeladene zu 1) beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Der Beigeladene zu 2) hat keinen Antrag gestellt.

Die Klägerin trägt vor, auch nach Ihrer Ansicht sei die Berufung durch Einbeziehung des die beantragte Arbeitslosenhilfe ablehnenden Bescheides zulässig. Das angefochtene Urteil weiche nicht vom Urteil des BSG vom 9. September 1999 (s. o.) ab. Die Feststellungen des Sozialgerichts seien zutreffend. Die Regelungen des Beschäftigungsverbot im MuSchG seien Arbeitsschutzbestimmungen im Sinne des § 121 SGB 3. Damit seien dem Arbeitslosen Beschäftigungen nicht zumutbar, die gegen Bestimmungen des Arbeitsschutzes verstießen.

Entgegen der Ansicht der Beklagten ergebe der ärztliche Bericht keine Veranlassung, eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit anzunehmen. Die ab der 17. Schwangerschaftswoche auftretenden psychosomatischen Beschwerden seien allein schwangerschafts- und nicht krankheitsbedingt gewesen, denn ein pathologischer Befund habe nicht erhoben werden können.

Die Klägerin hat den Bewilligungsbescheid des Beigeladenen zu 2) vom 19. August 2003 sowie eine Stellungnahme ihres Frauenarztes C. vom 9. Dezember 2004 vorgelegt.

Die Beigeladene zu 1) trägt u. a. vor, die medizinischen Tatsachen hätten nicht ausgereicht, ein generelles Beschäftigungsverbot auszusprechen. Eine objektive Gefahr einer erneuten Fehlgeburt habe nicht vorgelegen, sondern nur die subjektive Sorge, es könne vielleicht nach den drei bisherigen Fehlgeburten erneut zu einer Fehlgeburt kommen. Dies könne vielleicht schon als Übervorsichtigkeit bezeichnet werden, die allein aber nicht das generelle Beschäftigungsverbot gerechtfertigt habe. Ein zu Unrecht ausgesprochenes Beschäftigungsverbot könne jedoch keine Leistungspflicht zu Lasten der Beigeladenen zu 1) begründen.

Gegenüber dem Frauenarzt C. als Gutachter bestehe die Besorgnis der Befangenheit, da die Gefahr bestehe, dass er sich als Gutachter nicht in Widerspruch zu seinen früheren Äußerungen setzen werde. Auch als sachverständiger Zeuge werde er keine anderen Angaben machen als bisher.

Die Beklagte erkenne allerdings, dass eine Regelungslücke bestehe, die durch eine analoge Anwendung der bestehenden Vorschriften geschlossen werden müsse. Dabei müsse die Regelungslücke systematisch zu Lasten der Beklagten als Quasi-Arbeitgeber geschlossen werden. Denn bei einer im Arbeitsverhältnis stehenden Schwangeren gehe ein generelles Beschäftigungsverbot immer zu Lasten des Arbeitgebers (§ 11 MuSchG). Es wäre deshalb systemwidrig, bei arbeitslosen Schwangeren mit Beschäftigungsverbot immer zu einer Zahlungspflicht der Krankenkasse zu kommen.

Der Senat hat Entlassungsberichte des Hochwald-Krankenhauses A-Stadt vom 13. August 2003 (stationär vom 11. bis 13. August 2003) und der Städtischen Kliniken F.Stadt – vom 22. August 2003 (stationär vom 13. bis 22. August 2003) beigezogen.

Der Senat hatte zunächst einen Gutachtensauftrag erteilt für den Frauenarzt der Klägerin, C., diesen Auftrag wegen der von der Beigeladenen zu 1) geäußerten Besorgnis der Befangenheit aufgehoben und statt dessen einen schriftlichen Befundbericht mit der Beantwortung gezielter Fragen eingeholt. Auf den Bericht vom 20. März 2006 wird Bezug genommen.

Wegen des weiteren Vorbringens der Beteiligten wird ergänzend auf den Inhalt der Gerichts- und Verwaltungsakten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die form- und fristgerecht eingelegte Berufung (§ 151 SGG) ist zulässig.

Soweit es nur um die restlichen 36 Tage Arbeitslosengeld geht, wäre die Berufung zwar unzulässig, da die Beschwer insoweit nur ($36 \times 11,87 =$) 427,32 € beträgt. Da jedoch die von der Arbeitslosengeld-Bewilligung abhängige Anschluss-Arbeitslosenhilfe-Bewilligung (weil zeitlich nachfolgend ab 30. Juli 2003) über § 96 SGG in das Verfahren einzubeziehen ist, liegt der Wert des Beschwerdegegenstandes über 500 €. Es handelt sich insoweit um ein Dauerrechtsverhältnis, da die Arbeitslosenhilfe zeitlich nach Erschöpfung des Anspruchs auf Arbeitslosengeld folgt (vgl. Leitherer in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 8. Aufl., § 96 RdNr. 5a). Ferner gelten im Grundsatz der Anspruch auf Arbeitslosengeld und auf Arbeitslosenhilfe als ein Anspruch, § 198 Sozialgesetzbuch 3. Buch (SGB 3). Es kommt hinzu, dass der zeitlich nachfolgenden Ablehnung von Arbeitslosenhilfe dieselbe Streitfrage zugrunde liegt wie der Aufhebung von Arbeitslosengeld (vgl. Leitherer in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 8. Aufl., § 96 RdNr. 9e). Die Beklagte hat im Bescheid vom 21. April 2004 folgerichtig auf § 96 SGG hingewiesen und die Beteiligten gehen übereinstimmend davon aus, dass der Bescheid vom 21. April 2004 Gegenstand des Rechtsstreites geworden ist, wie sie in der mündlichen Verhandlung vom 20. August 2007 auch zu Protokoll erklärt haben.

Das angefochtene Urteil des Sozialgerichts war zu bestätigen, jedoch mit der Maßgabe, dass die ausgesprochene Verurteilung zur Gewährung von Arbeitslosengeld entfällt und anstelle der Aufhebung des Bescheides vom 24. Juni 2003 der diesen ersetzende Bescheid vom 21. März 2005 aufgehoben wird. Der Verurteilung zur Leistung hinsichtlich des Arbeitslosengeldes bedurfte es nicht, da durch die Aufhebung des die Leistung entziehenden Bescheides die ursprüngliche Bewilligung von Arbeitslosengeld für 96 Tage durch Bescheid vom 9. Mai 2003 für die Zeit ab 25. April 2003 wieder seine Wirkung entfaltete. Nachdem die Beklagte ihrerseits den Bescheid vom 24. Juni 2003 durch den Bescheid vom 21. März 2005 ersetzt hatte, war dieser Bescheid nunmehr entsprechend dem von der Klägerin gestellten Antrag aufzuheben.

Neben der Aufhebung der Arbeitslosenhilfe ab 30. Juli 2003 ablehnenden Bescheides bedurfte es allerdings in diesem Zusammenhang – und entsprechend dem Antrag der Klägerin – noch der Verurteilung der Beklagten zur Gewährung von Arbeitslosenhilfe ab 30. Juli 2003, § 54 Abs. 4 SGG (kombinierte Anfechtungs- und Verpflichtungsklage, vgl. Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 8. Aufl., § 54, RdNr. 37).

Zu Recht hat das Sozialgericht den angefochtenen Bescheid aufgehoben, der allerdings in der zweiten Instanz durch den späteren – ersetzenden – Bescheid vom 21. März 2005 ausgetauscht und deshalb seinerseits durch den erkennenden Senat aufzuheben war.

Entgegen der Auffassung der Beklagten sind keine wesentlichen Änderungen in den tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen der Klägerin im Sinne des § 48 SGB 10 dergestalt eingetreten, dass die Beklagte berechtigt gewesen wäre, die ausgesprochene Bewilligung von Arbeitslosengeld für die Zukunft aufzuheben.

Denn die Klägerin hatte trotz des durch den behandelnden Frauenarzt ausgesprochenen Beschäftigungsverbot gemäß § 3 Abs. 1 MuSchG weiterhin einen Anspruch gegen die Beklagte auf Arbeitslosengeld (im Rahmen des bestehenden Restanspruchs).

Das Vorliegen von Arbeitsunfähigkeit im Sinne des § 126 Abs. 1 SGB 3 war nicht festzustellen, so dass eine Begrenzung der Weitergewährung von Arbeitslosengeld auf sechs Wochen gemäß § 126 Abs. 1 SGB 3 nicht gerechtfertigt ist.

Im Sinne der von der Rechtsprechung entwickelten Definition liegt Arbeitsunfähigkeit vor, wenn (hier) der Arbeitslose infolge Krankheit (oder stationärer Behandlung) 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 3 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 (vgl. zum Vorstehenden Bartz in PK-SGB III, § 126 RdNr. 10 ff m.w.N.). Danach ist eine Schwangerschaft auch mit den einhergehenden Beschwerden und Gefährdungen von Mutter und Kind (etwa durch die Arbeit) nicht als Krankheit anzusehen (vgl. Hauck/Noftz SGB V, 2007, K § 44 RdNr. 36). 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 (vgl. Schliemann und MV. „Ärztliches Beschäftigungsverbot und krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit der werdenden Mutter“, NZA 1998, 1030). 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 (Schliemann, MV. s. o.).

Zur Überzeugung des erkennenden Senates steht nach dem ausführlichen Befundbericht

des Frauenarztes C. vom 20. März 2006 fest, dass der Ausspruch des Beschäftigungsverbotes zu einem Zeitpunkt erfolgte, an dem keine Arbeitsunfähigkeit im Sinne des § 126 Abs. 1 SGB 3 festzustellen war und damit auch nicht eine Begrenzung der Weiterzahlung von Arbeitslosengeld auf sechs Wochen - wie im Falle der ärztlich bescheinigten Arbeitsunfähigkeit - stattfand.

Dabei sieht der erkennende Senat keine Hinderungsgründe hinsichtlich der Verwertbarkeit des ausführlichen Befundberichtes, nachdem der Gutachtensauftrag wegen der Bedenken der Beklagten und der Beigeladenen zu 1) wieder aufgehoben worden war. Es ist in keiner Weise erkennbar, dass der Befundbericht unsachlich, unrichtig oder von unlauteren Motiven beeinflusst ist.

Die Klägerin war in der 12. Schwangerschaftswoche und hatte keine über das Normale hinausgehenden Beschwerden. Zur Feststellung einer Arbeitsunfähigkeit lagen keine krankhaften Befunde vor. Allerdings hatte die Klägerin in den Jahren 1991 bis 1994 zwei Frühgeburten im 7. Monat, bei denen die lebend geborenen Kinder nicht überlebten, und einmal verlor sie das Kind in der 12. Schwangerschaftswoche. Die damals behandelnden Ärzte waren davon ausgegangen, dass die Gebärmutter der Klägerin unfähig sei, ein Kind über eine gewisse Schwangerschaftsdauer hinaus zu halten. Im Befundbericht vom 20. März 2006 ist auch mit nachvollziehbaren Gründen dargelegt, dass in der eigenen Praxis relativ selten ein Beschäftigungsverbot ausgesprochen werde und allein die bei der Klägerin bestehende Schwangerschaft und deren Besonderheit die wesentliche Bedingung für das Risiko einer Gesundheitsverschlechterung unter einer Berufstätigkeit gewesen sei. Dabei habe die Patientin die dringende Empfehlung erhalten, sich zu schonen, also alles, was ihr Stress bereiten würde, zu meiden. Die gemessene Gebärmutterhalslänge habe mit drei Zentimetern dem in der Literatur diskutierten Grenzwert entsprochen, ab dem von einer sog. Zervixinsuffizienz mit drohender Frühgeburt gesprochen werde. Der Ausspruch des Beschäftigungsverbotes war damit eine präventive Maßnahme zum Schutze der Gesundheit von Mutter und Kind und entspricht damit der Zielsetzung des § 3 Abs. 1 MuSchG. Es erscheint auch nicht angemessen in diesem Zusammenhang von Übervorsichtigkeit zu sprechen, wie dies die Beigeladene zu 1) vorträgt. Denn Leben und Gesundheit von Mutter und Kind, die durch das Mutterschutzgesetz geschützt werden sollen, sind Rechtsgüter von sehr hohem Rang (vgl. BVerwG 27.5.1993 – 5 C 42/89), so dass bereits die entfernte Möglichkeit eines Schadenseintritts für den Ausspruch eines Beschäftigungsverbotes ausreicht (BVerwG s. o. zu § 4 Abs. 1 MuSchG hinsichtlich des Infektionsrisikos einer Zahnärztin). So hat der im vorliegenden Fall behandelnde Frauenarzt in seinem Befundbericht u. a. darauf hingewiesen, dass in Frankreich viel weitergehender allein bei Vorliegen einer anamnestischen Frühgeburt im Rahmen eines Präventionsprogramms der erreichbare

Höchstwert von zu prüfenden Risikofaktoren angenommen wurde.

Die hier vorliegende Besonderheit, dass das ausgesprochene Beschäftigungsverbot nicht auf einen konkreten, von der Klägerin innegehabten Arbeitsplatz bezogen, sondern auf alle ihr von der Beklagten zumutbarerweise anzubietenden Beschäftigungen (§ 121 SGB 3) sowie zumutbare Maßnahmen zur beruflichen Eingliederung (vgl. § 119 Abs. 3 Nr. 2 SGB 3) Anwendung gefunden hat, kann gleichwohl nicht auf einem Umweg zur Feststellung von Arbeitsunfähigkeit führen. Soweit das BSG in seinem Urteil vom 9. September 1999 (B 11 AL 77/98 R) in einem obiter dictum bei einem generellen Beschäftigungsverbot vermutet, dass dies ohne die Verfügbarkeit ausschließende Arbeitsunfähigkeit nicht denkbar sein dürfte, war offenbar nicht an den hier vorliegenden Fall einer Risikoschwangerschaft ohne aktuelle Erkrankung mit dem zum Schutze von Mutter und Kind (hier vor allem des Kindes) ärztlicherseits für erforderlich gehaltenen Beschäftigungsverbot gedacht. Dabei ist es den Gerichten der Arbeitsgerichtsbarkeit keineswegs unbekannt, dass von behandelnden Ärzten bei vorliegenden Schwangerschaften ohne Feststellung einer Krankheit „totale“ Beschäftigungsverbote ausgesprochen werden (z. B. auch eine überwiegend sitzenden Büroarbeiten ohne körperliche Belastung nicht mehr zulässig sei) mit der Auflage, Bettruhe einzuhalten (vgl. LSG Niedersachsen 16. März 2004 – 9 Sa 517/03). Auch dort wurde wegen Neigung zu Fehlgeburten das ärztliche Beschäftigungsverbot anerkannt mit der Folge, dass der Arbeitgeber den sog. Mutterschutzlohn weiterzuzahlen hatte und nicht die Eintrittspflicht der Krankenkasse wegen des Vorliegens einer Arbeitsunfähigkeit festgestellt wurde.

Dabei geht das LAG H-Stadt (10. Oktober 2006 - 9 Sa 1557/05) davon aus, dass das Gericht das nachvollziehbare Urteil des Arztes weitgehend zu respektieren habe. Die fachliche Kompetenz entbinde den Arzt aber nicht von der Pflicht, die Entscheidung mit großer Sorgfalt zu treffen. Dabei müsse ein Beurteilungsspielraum eingeräumt werden und eine Prognose gestellt werden, die nie mit letzter Sicherheit getroffen werden könne. Die Bescheinigung habe hohe Beweiskraft, die durch den Arbeitgeber nur durch den Vortrag von besonderen Umständen erschüttert werden könnte. Erst, wenn der Beweiswert erschüttert sei, stehe nicht mehr fest, dass die Arbeitnehmerin „wegen eines Beschäftigungsverbotes“ mit der Arbeit ausgesetzt habe.

Dabei hat der erkennende Senat durchaus berücksichtigt, dass nur selten allein eine Beschäftigung zu der in § 3 Abs. 1 MuSchG vorausgesetzten Gefährdung und nicht gleichzeitig auch zur Arbeitsunfähigkeit führt (vgl. BAG 13. Februar 2002 – 5 AZR 753/00). Dabei gilt nach Auffassung des BAG nur dann, wenn Arbeitsunfähigkeit vorliegt, wie sie jede Arbeitnehmerin treffen kann, allein das Entgeltfortzahlungsrecht. Deshalb kommt es dann, wenn die entscheidende Verschlechterung der Gesundheit erst durch die Fortführung der Beschäftigung eintreten würde, darauf an, ob hierfür ausschließlich

die Schwangerschaft ursächlich ist. Nur dann ist das sich gemäß § 3 Abs. 1 MuSchG verwirklichende Risiko dem Arbeitgeber zuzuweisen, die Arbeitsunfähigkeit dagegen subsidiär. Bei einer anderen Auslegung liefe § 11 MuSchG weitgehend leer (BAG s. o.). Dem entsprechen auch die AU-Richtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen über die Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit und die Maßnahmen zur stufenweisen Wiedereingliederung (BArbBl. 1991, Heft 11, S. 28). Danach liegt entsprechend dem Anhang Arbeitsunfähigkeit nicht vor, wenn ein Beschäftigungsverbot nach dem MuSchG ausgesprochen wurde. Auch, wenn diese Richtlinien nicht rechtsverbindlich sind (vgl. Marschner in GK-SGB V/84 Oktober 2002), zeigen sie doch das Bemühen der Praxis nach eindeutigen Regelungen hinsichtlich zu erwartender Widersprüche bei Arbeitsunfähigkeit und mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverboten.

Nach der von der Beklagten vertretenen Rechtsauffassung wäre im vorliegenden Fall der mit dem MuSchG verfolgte Schutz von Mutter und Kind lückenhaft, da die Gewährung von Arbeitslosengeld bzw. Arbeitslosenhilfe wegen der durch das Beschäftigungsverbot fehlenden Verfügbarkeit im Sinne der §§ 119 bis 121 SGB 3 ausgeschlossen wäre und die beigeladene Krankenkasse wegen fehlender Vorversicherungszeit auch nicht in Anspruch genommen werden konnte.

Zum Schutz der werdenden Mutter und des Kindes ist bei Fällen der vorliegenden Art – Beschäftigungsverbot bei arbeitslosen Schwangeren nach § 3 Abs. 1 MuSchG – die Beklagte im Wege der lückenfüllenden Auslegung zur Weitergewährung von Arbeitslosengeld (bzw. auch anschließender Arbeitslosenhilfe – wenn die weiteren Voraussetzungen erfüllt sind) verpflichtet, indem das Vorliegen von Verfügbarkeit fingiert wird. Die §§ 120 Abs. 1, 125, 126 SGB 3 sowie der Rechtsgedanke des § 11 Abs. 1 MuSchG sind dabei heranzuziehen, ferner die Androhung einer Geldbuße von bis zu 15.000 € zur Durchsetzung des Beschäftigungsverbotes gegenüber dem Arbeitgeber, § 21 Abs. 1 Nr. 1 MuSchG (vgl. HLSG 14. Oktober 1998 – L 6 AL 496/98 – noch zu den §§ 105a, 105b, 105c Arbeitsförderungsgesetz - AFG). Der Gesetzgeber hat in den genannten Vorschriften die tatsächlich fehlende Verfügbarkeit fingiert und insbesondere in § 126 Abs. 3 SGB 3 auf die Vorschriften des SGB 5 verwiesen, die bei Fortzahlung des Arbeitsentgelts durch den Arbeitgeber im Krankheitsfall sowie bei Zahlung von Krankengeld im Falle der Erkrankung eines Kindes anzuwenden sind. An dieser Stelle kann die gesetzliche Lücke dahin geschlossen werden, dass auch auf die entsprechende Anwendung des § 3 Abs. 1 MuSchG verwiesen wird. Auch bei der im zu entscheidenden Fall vorliegenden Konstellation kann die oben gezeigte Lücke hinsichtlich des erforderlichen Schutzes von Mutter und Kind bei Ausspruch eines Beschäftigungsverbotes gegenüber einer schwangeren Arbeitslosen, bei der keine zur

Arbeitsunfähigkeit führende Krankheit vorliegt, nur dahin geschlossen werden, dass die Beklagte den nach § 11 Abs. 1 MuSchG eigentlich vom Arbeitgeber zu tragenden „Mutterschutzlohn“ durch Fortzahlung von Arbeitslosengeld bzw. Arbeitslosenhilfe entsprechend erbringt. Anderenfalls wird von der Beklagten auf die schwangere Arbeitslose – wie im vorliegenden Fall - unzulässiger Druck ausgeübt, sich gegen die ärztliche Verordnung dem Arbeitsmarkt zur Verfügung zu stellen und etwa Vorstellungsgespräche zu führen und an Maßnahmen teilzunehmen, während die damit eigentlich angestrebte Aufnahme einer Arbeit wegen des dann den Arbeitgeber treffenden Beschäftigungsverbot es ohnehin nicht in Betracht kommen dürfte. Darin liegt auch ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz des Artikel 3 GG, denn schwangere Arbeitslose erhalten infolge der Schwangerschaft bei vergleichbarer gesundheitlicher Situation ohne die aufgezeigte Lückenfüllung keine Fortzahlung der bisherigen Leistungen durch die Beklagte, während im Beschäftigungsverhältnis stehende schwangere Frauen weiterhin „Mutterschutzlohn“ erhalten, obwohl es sich bei Arbeitslosengeld und Arbeitslosenhilfe um sog. Lohnersatzleistungen handelt.

Ferner läge ein Verstoß gegen Artikel 6 Abs. 4 GG vor.

So hat es das BSG in seinem Urteil vom 21. Oktober 2003 (B 7 AL 28/03 R) bei Eintritt der vierjährigen Verfallsfrist des § 147 Abs. 2 SGB 3 während eines Beschäftigungsverbot es nach § 6 Abs. 1 MuSchG auch für geboten gehalten (im Wege der verfassungskonformen Auslegung) unter Berücksichtigung von Artikel 6 Abs. 4 GG eine Ausnahme von der bisher unbedingten Geltung der Frist des § 147 Abs. 2 SGB 3 zuzulassen.

Die Aufhebung des die beantragte Anschluss-Arbeitslosenhilfe ablehnenden Bescheides und die Verurteilung der Beklagten zur Gewährung von Arbeitslosenhilfe ab 30. Juli 2003 beruht auf den oben dargelegten gleichen Gründen unter Berücksichtigung der zusätzlichen Voraussetzung der Bedürftigkeit gemäß § 193 SGB 3. Zur Überzeugung des Senats steht fest, dass die Klägerin im streitbefangenen Zeitraum ihren Lebensunterhalt nicht auf andere Weise bestreiten konnte als durch Arbeitslosenhilfe. Insoweit hat der Beigeladene zu 2) durch Vorlage der entsprechenden Unterlagen und die Gewährung von Leistungen nach dem Bundessozialhilfegesetz (BSHG) belegt, dass Bedürftigkeit im Sinne des § 11 Abs. 1 BSHG dahingehend vorgelegen hat, dass die Klägerin ihren notwendigen Lebensunterhalt nicht oder nicht ausreichend aus eigenen Kräften und Mitteln, vor allem aus ihrem Einkommen und Vermögen, beschaffen konnte.

Hinsichtlich der durch die Krankenhausentlassungsberichte dokumentierten Zeiten der stationären Aufnahme vom 11. bis 13. August 2003 und vom 13. bis 22. August 2003 folgt der Anspruch der Klägerin auf Fortzahlung der Arbeitslosenhilfe aus §§ 198, 126

Abs. 1 SGB 3.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.

Die Revision hat der Senat nicht zugelassen, da Gründe im Sinne des § 160 Abs. 2 SGG nicht vorliegen.