

Urteil

Hess. LSG, §§ 3, 11 MuSchG § 11;
§§ 119-121, 125-126 SGB 3;
Art. 3, 6 Abs. 4 GG

Arbeitslosengeld für Schwangere bei mutterschutzrechtlichem Beschäftigungsverbot

Die arbeitslose Schwangere verliert den Anspruch auf Arbeitslosengeld nicht durch ein ärztliches Beschäftigungsverbot nach § 3 Abs. 1 MuSchG trotz fehlender Verfügbarkeit, wenn nicht gleichzeitig eine zur Arbeitsunfähigkeit führende Krankheit vorliegt.

Die bestehende gesetzliche Lücke ist verfassungskonform unter Berücksichtigung von Artikel 3 und 6 Abs. 4 GG zu schließen.

Die §§ 120, 125, 126 SGB 3 und § 11 MuSchG sind dabei heranzuziehen.

Urteil des Hess. LSG vom 20.08.2007 - L 9 AL 35/04

Aus dem Sachverhalt:

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. [...]

Aus den Gründen:

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. [...] 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 [...]

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 Gutachtersauftrag 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. [...] 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). [...]

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 Fest-

stellung einer Krankheit „totale“ Beschäftigungsverbot ausgesprochen werden (z. B. auch eine überwiegend sitzenden Bürotätigkeiten 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. [...]

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 Euro zur Durchsetzung des Beschäftigungsverbot 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 Beschäftigungsverbot 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 Arbeits-

markt 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 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 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 Revision hat der Senat nicht zugelassen, da Gründe i. S. des § 160 Abs. 2 SGG nicht vorliegen.