

# LANDESSOZIALGERICHT NIEDERSACHSEN-BREMEN

**L 11 AL 149/07**

S 7 AL 472/04 (Sozialgericht Lüneburg)

## IM NAMEN DES VOLKES

Verkündet am: 25. Oktober 2010

A.,  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

## URTEIL

In dem Rechtsstreit

B.,

Klägerin und Berufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte C.,

g e g e n

Bundesagentur für Arbeit, vertreten durch d. vorsitzende Mitglied der Geschäftsführung  
der Regionaldirektion Niedersachsen-Bremen,  
Altenbekener Damm 82, 30173 Hannover,

Beklagte und Berufungsbeklagte,

hat der 11. Senat des Landessozialgerichts Niedersachsen-Bremen auf die mündliche  
Verhandlung vom 25. Oktober 2010 in Celle  
durch die Richter D. - Vorsitzender - und E., die Richterin F.  
sowie die ehrenamtlichen Richter G. und Dr. H.  
für Recht erkannt:

**Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Sozialgerichts  
Lüneburg vom 14. September 2007 und der Bescheid vom  
25. August 2004 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides  
vom 4. Oktober 2004 und des angenommenen Teilerkennt-  
nisses vom 25. Oktober 2010 insoweit aufgehoben, als dass die  
Bewilligung von Arbeitslosenhilfe für die Zeit vom 7. September  
2004 bis zum Beginn des Beschäftigungsverbots gemäß § 3  
Abs. 2 MuSchG aufgehoben worden ist.**

**Die Beklagte hat der Klägerin ihre außergerichtlichen Kosten aus beiden Rechtszügen zu erstatten.**

**Die Revision wird zugelassen.**

## **T A T B E S T A N D**

Zwischen den Beteiligten ist die Aufhebung der Bewilligung von Arbeitslosenhilfe (Alhi) wegen eines Beschäftigungsverbots gemäß § 3 Abs. 1 Mutterschutzgesetz (MuSchG) streitig, zuletzt nur noch für die Zeit ab 7. September 2004.

Die 1980 geborene Klägerin bezog vom 19. September 2002 bis 17. Juli 2003 sowie vom 20. Februar bis 17. April 2004 (insgesamt 360 Tage) Arbeitslosengeld (Alg) in Höhe von zuletzt 71,47 € wöchentlich (Bemessungsentgelt von 135,- € wöchentlich). Wegen der Erziehung und Betreuung ihrer im September 2000 geborenen Tochter stellte sie sich mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 20 Stunden dem Arbeitsmarkt zur Verfügung. Im Anschluss an die Gewährung des Alg bewilligte ihr die Beklagte mit Bescheid vom 31. März 2004 Alhi für den Bewilligungsabschnitt vom 18. April bis 31. Dezember 2004. Ab 18. August 2004 bescheinigte die Ärztin I. der Klägerin, dass nach § 3 Abs. 1 MuSchG ein Beschäftigungsverbot besteht. Nach den Angaben der Klägerin wurde das Beschäftigungsverbot zur Vermeidung einer Fehlgeburt angeordnet, weil während der Schwangerschaft - wie auch bei der ersten Schwangerschaft - Blutungen eingesetzt hätten. Daraufhin hob die Beklagte die Bewilligung von Alhi ab 18. August 2004 auf (Bescheid vom 25. August 2004). Zur Begründung führte die Beklagte aus, dass die Klägerin nicht mehr arbeitslos sei, da sie wegen ihres Beschäftigungsverbot es nicht mehr arbeiten dürfe und daher dem Arbeitsmarkt nicht mehr zur Verfügung stünde. Mit ihrem Widerspruch machte die Klägerin im Wesentlichen geltend, dass sie auch während der Schutzfrist des § 3 Abs. 1 MuSchG der Arbeitsvermittlung wie ein Arbeitsunfähiger zur Verfügung stünde. Es handele sich gewissermaßen um eine Kombination aus Arbeitsunfähigkeit und Mutterschutz.

Die Beklagte wies den Widerspruch mit Widerspruchsbescheid vom 4. Oktober 2004 als unbegründet zurück. Es handele sich bei dem der Klägerin ärztlich bescheinigten Beschäftigungsverbot gemäß § 3 Abs. 1 MuSchG um ein gesetzliches (absolutes) Beschäftigungsverbot, das zum Wegfall der wesentlichen Anspruchsvoraussetzung der Verfügbarkeit führe. Da ein Fall von § 3 Abs. 2 MuSchG nicht vorliege, seien Ausnahmen (z.B. bei Erklärung der Bereitschaft, eine Arbeit aufzunehmen) nicht zulässig.

Dagegen hat die Klägerin am 5. November 2004 vor dem Sozialgericht (SG) Lüneburg Klage erhoben. Die Klägerin hat auf ihre Ausführungen im Widerspruchsverfahren verwiesen.

Die Klägerin hat am 9. Februar 2005 ihre Tochter J. zur Welt gebracht.

Das SG hat die Klage mit Urteil vom 14. September 2007 abgewiesen. Zur Begründung hat es die Ausführungen der Beklagten gemäß § 136 Abs. 3 Sozialgerichtsgesetz (SGG) zum Gegenstand seiner eigenen Entscheidung gemacht. Es hat zudem ausgeführt, dass es wegen des in § 3 Abs. 1 MuSchG festgelegten absoluten Beschäftigungsverbots an der Anspruchsvoraussetzung fehle, wonach der Arbeitslose der Arbeitsvermittlung zur Verfügung stehen müsse. Ein Verzicht auf dieses Beschäftigungsverbot sei nicht möglich, was sich der gesetzlichen Regelung entnehmen ließe, da in Abs. 2 der genannten Vorschrift eine entsprechende Verzichtsmöglichkeit ausdrücklich geregelt sei. Hieraus ergäbe sich im Umkehrschluss, dass diese Möglichkeit in Fällen des Absatzes 1 nicht bestehen solle.

Gegen das ihr am 21. September 2007 zugestellte Urteil wendet sich die Klägerin mit ihrer am 22. Oktober 2007 beim Landessozialgericht (LSG) eingegangenen Berufung. Sie stützt sich im Wesentlichen auf ihr Vorbringen im Klageverfahren. Ergänzend trägt die Klägerin vor, das SG verkenne, dass im Falle einer Erkrankung des Arbeitslosen gemäß § 126 Sozialgesetzbuch Drittes Buch (SGB III) ein Leistungsfortzahlungsanspruch für die Dauer von sechs Wochen weiter bestünde. Zumindest diese auf sechs Wochen zeitlich begrenzte Ausnahme müsse im Fall ihres Beschäftigungsverbots ebenfalls angewandt werden. Ansonsten wären

schwängere Frauen schlechter gestellt als ein arbeitsunfähig erkrankter Arbeitsloser. Sie sei zumindest seit 7. September 2004 nicht arbeitsunfähig krank gewesen, sondern es habe ein reines Beschäftigungsverbot bestanden. Eine Schwangerschaft sei keine Krankheit.

Die Beklagte hat in der mündlichen Verhandlung unter teilweiser Abänderung der angefochtenen Bescheide einen Anspruch auf Alhi bis zum 6. September 2004 anerkannt.

Die Klägerin hat das Teilanerkenntnis der Beklagten angenommen und beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Lüneburg vom 14. September 2007 und den Bescheid der Beklagten vom 25. August 2004 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 4. Oktober 2004 und des Teilanerkenntnisses vom 25. Oktober 2010 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung, soweit sie über das abgegebene Teilanerkenntnis hinausgeht, zurückzuweisen.

Sie hält das angefochtene Urteil und die mit ihm überprüften Bescheide in der Fassung des Teilanerkenntnisses für zutreffend. Eine entsprechende Anwendung der Regelung des § 126 SGB III auf Fälle, in denen ein Beschäftigungsverbot nach § 3 Abs. 1 MuSchG ausgesprochen worden sei, sei rechtlich nicht zulässig, weil es sich nicht um eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit im Sinne von § 126 SGB III handele.

Der Senat hat Auskünfte von der Ärztin I. sowie ihrem Praxisnachfolger Dr. K. eingeholt.

Dem Senat haben die Prozessakte sowie die die Klägerin betreffende Verwaltungsakten der Beklagten vorgelegen. Sie sind Gegenstand der mündlichen Verhandlung und Entscheidung gewesen. Wegen der weiteren Einzelheiten des

Sachverhalts und des weiteren Vorbringens der Beteiligten wird auf das Terminprotokoll sowie den Akteninhalt Bezug genommen.

## **ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE**

Die statthafte Berufung ist form- und fristgerecht eingelegt und auch im Übrigen zulässig. Sie ist auch begründet. Die Aufhebung der Bewilligung von Alhi war für die Zeit vom 7. September 2004 bis zum Beginn des Mutterschutzes (d.h. bis zum Beginn des 6-wöchigen Beschäftigungsverbot vor der Entbindung gemäß § 3 Abs. 2 MuSchG) rechtswidrig, so dass das angefochtene Urteil und der angefochtene Bescheid der Beklagten vom 25. August 2004 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 4. Oktober 2004 und des Teilerkenntnisses vom 25. Oktober 2010 insoweit aufzuheben sind. Für die Zeit vom 18. August bis 6. September 2004 ist wegen des angenommenen Teilerkenntnisses der Beklagten eine Entscheidung nicht mehr zu treffen.

Es handelt sich vorliegend um eine reine Anfechtungsklage (§ 54 Abs. 1 S. 2 SGG), weil die Klägerin allein durch die Aufhebung des angefochtenen (Aufhebungs-)Bescheides die von ihr begehrte (Weiter-)Gewährung ihrer mit Bescheid vom 31. März 2004 bindend bewilligten Alhi erreichen kann.

Die Klägerin hat Anspruch auf Weitergewährung von Alhi über den 6. September 2004 hinaus bis zum Beginn des Mutterschutzes. Die Voraussetzungen für eine Aufhebung der Alhi- Bewilligung nach § 48 Sozialgesetzbuch Zehntes Buch (SGB X) lagen nicht vor.

Entgegen der Auffassung des SG und der Beklagten ist weder zum 18. August 2004 noch zum 7. September 2004 eine wesentliche Änderung in den tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen gemäß § 48 Abs. 1 S. 1 SGB X eingetreten, die die Beklagte berechtigt hätte, die mit Bescheid vom 31. März 2004 ausgesprochene Bewilligung von Alhi für die Zukunft aufzuheben. Denn die Klägerin hatte trotz des durch die behandelnde Ärztin I. ausgesprochenen absoluten Be-

schäftigungsverbots gemäß § 3 Abs. 1 MuSchG Anspruch auf Gewährung von Alhi.

Anspruch auf Alhi hat, wer u.a. arbeitslos ist (§ 190 Abs. 1 Nr. 1 SGB III in der bis 31. Dezember 2004 geltenden Fassung - im Folgenden: alter Fassung <aF>). Arbeitslos ist gemäß § 118 Abs. 1 SGB III aF ein Arbeitnehmer, der vorübergehend nicht in einem Beschäftigungsverhältnis steht (Beschäftigungslosigkeit) und eine versicherungspflichtige, mindestens 15 Stunden wöchentlich umfassende zumutbare Beschäftigung sucht (Beschäftigungssuche). Nach § 119 Abs. 1 Nr. 2 SGB III aF sucht eine Beschäftigung, wer den Vermittlungsbemühungen des Arbeitsamtes zur Verfügung steht (Verfügbarkeit). Dies setzt Arbeitsfähigkeit und Arbeitsbereitschaft voraus (§ 119 Abs. 2 SGB III aF), was wiederum der Fall ist, wenn ein Arbeitsloser eine versicherungspflichtige, mindestens 15 Stunden wöchentlich umfassende Beschäftigung unter den üblichen Bedingungen des für ihn in Betracht kommenden Arbeitsmarktes ausüben kann und darf (§ 119 Abs. 3 Nr. 1 SGB III aF).

Diese Voraussetzungen waren bei verfassungskonformer Auslegung des § 119 Abs. 3 Nr. 1 SGB III aF (nunmehr: § 119 Abs. 5 Nr. 1 SGB III) bis zum Beginn des Mutterschutzes (§ 3 Abs 2 MuSchG) erfüllt. Insbesondere war die Klägerin auch in der Zeit des absoluten Beschäftigungsverbots gem. § 3 Abs. 1 MuSchG verfügbar im Sinne des § 119 Abs. 3 SGB III aF. Denn das von der Ärztin I. ausgesprochene Beschäftigungsverbot hat weder zu einer Arbeitsunfähigkeit geführt noch stand es der Verfügbarkeit der Klägerin entgegen.

Ab 7. September 2004 lag bei der Klägerin nach übereinstimmender Auffassung der Beteiligten keine Arbeitsunfähigkeit mehr vor. Auch der Senat kann anhand der vorhandenen medizinischen Unterlagen das Vorliegen einer über den 6. September 2004 hinausgehenden Arbeitsunfähigkeit nicht begründen. Schließlich wurden Blutungen, welche während einer Schwangerschaft einen Indikator für eine vorübergehende Arbeitsunfähigkeit darstellen (vgl. Schliemann/König, NZA 1998, 1030, 1034), nur für die Zeit bis zum 6. September 2004 ärztlicherseits bestätigt. Für die Zeit ab dem 7. September 2004 enthalten die vom Senat beigezogenen Behandlungsunterlagen dagegen keinerlei krankhafte Befunde mehr.

Hiermit steht in Übereinstimmung, dass sich auch die Klägerin selbst für die Zeit ab 7. September 2004 nicht mehr als arbeitsunfähig angesehen hat (vgl. hierzu: Erklärung der Klägerin im Termin zur mündlichen Verhandlung). Weitergehende medizinische Unterlagen sind nicht mehr vorhanden (vgl. hierzu die Auskünfte der damals behandelnden Ärztin I. sowie ihres Praxisnachfolgers Dr. K.).

Für die Zeit ab 7. September 2004 bestand somit keine Arbeitsunfähigkeit mehr, sondern ausschließlich ein Beschäftigungsverbot nach § 3 Abs. 1 MuSchG (ärztliches Zeugnis der Ärztin I. vom 18. August 2004), d.h. eine Gefährdung von Leben oder Gesundheit der Mutter oder des Kindes bei Fortdauer einer Beschäftigung. Dieses Beschäftigungsverbot war unbegrenzt bescheinigt worden, so dass unabhängig von den ursprünglich krankhaften Beschwerden der Klägerin (Blutungen bis 6. September 2004) auch über den 6. September 2004 hinaus Risikofaktoren bestanden haben müssen (z.B. Blutungsneigung, Auftreten von Blutungen bereits in ihrer ersten Schwangerschaft oder die Gefahr einer Fehlgeburt). Eine solche Risikoschwangerschaft stellt nur dann gleichzeitig eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit der Mutter dar, wenn das Risiko auf einer Erkrankung beruht. Beruht das Risiko hingegen - wie im vorliegenden Fall - auf medizinischen Befunden, ohne dass eine Erkrankung der Mutter festgestellt werden kann, spricht dies für ein ärztliches Beschäftigungsverbot, ohne dass gleichzeitig Arbeitsunfähigkeit vorliegt (LSG Hessen, Urteil vom 20. August 2007 - L 9 AL 35/04). Für eine solche Annahme eines reinen Beschäftigungsverbots (ohne gleichzeitige Arbeitsunfähigkeit) spricht zudem, dass § 3 Abs. 1 MuSchG leer laufen würde, wenn auch bereits allein die Gefährdung der Mutter oder der Leibesfrucht zu einer Arbeitsunfähigkeit führen würde (vgl. BAG, Urteil vom 13. Februar 2002 - 5 AZR 753/00). Somit haben die bei der Klägerin mit der Schwangerschaft einhergehenden Beschwerden und Gefährdungen ab 7. September 2004 nicht mehr zur Arbeitsunfähigkeit, sondern ausschließlich zu einem Beschäftigungsverbot gem. § 3 Abs. 1 MuSchG geführt.

Dieses Beschäftigungsverbot nach § 3 Abs. 1 MuSchG (ohne gleichzeitige Arbeitsunfähigkeit) stand in der Zeit vom 7. September 2004 bis zum Beginn des Mutterschutzes nach § 3 Abs. 2 MuSchG einer Verfügbarkeit der Klägerin im Sinne des § 119 Abs. 3 SGB III aF nicht entgegen. Vielmehr war die Verfügbarkeit im

Wege einer verfassungskonformen Auslegung des § 119 Abs. 3 Nr. 1 SGB III aF (nunmehr: § 119 Abs. 5 Nr. 1 SGB III) für den o.g. Zeitraum zu fingieren.

Der Senat folgt insoweit der Rechtsprechung der Landessozialgerichte Hessen und Baden-Württemberg, wonach die fehlende objektive Verfügbarkeit entsprechend dem Rechtsgedanken der §§ 120, 125, 126 SGB III sowie des § 11 Abs. 1 MuSchG zu fingieren ist (LSG Hessen, Urteil vom 20. August 2007 - L 9 AL 35/04; LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 22. Juni 2010 - L 13 AL 4524/09, Revision anhängig beim Bundessozialgericht <BSG> - B 7 AL 26/10 R). Dem liegt die Erwägung zugrunde, dass eine Schwangere bei einem Beschäftigungsverbot nach § 3 Abs. 1 MuSchG, das nicht gleichzeitig mit Arbeitsunfähigkeit einhergeht, weder einen Anspruch auf Alg (bzw. bis 31. Dezember 2004: auf Alhi) noch auf Krankengeld hat. Dieser Leistungsausschluss ist gem. Art. 6 Abs. 4 Grundgesetz (GG) und des sich daraus ergebenden Schutzgebotes für die werdende Mutter verfassungsrechtlich nicht haltbar (vgl. Hessisches LSG, a.a.O.; LSG Baden-Württemberg, a.a.O.). Vielmehr ist diese Gesetzeslücke dahingehend zu schließen, dass die Agentur für Arbeit - entsprechend dem nach § 11 Abs. 1 MuSchG vom Arbeitgeber zu tragenden "Mutterschutzlohn" - Alg bzw. (bis zum 31. Dezember 2004) Alhi bei einem reinen Beschäftigungsverbot nach § 3 Abs. 1 MuSchG weiterzuzahlen hat (im Ergebnis ebenso: Hessisches LSG, a.a.O.; LSG Baden-Württemberg, a.a.O.; Loose, ZFSH SGB 2010, 516, 522; Mutschler in: Kreikebohm/Spellbrink/Watermann, Kommentar zum Sozialrecht, 1. Auflage 2009, § 119 Rdnr. 43).

Es besteht eine (einfachgesetzliche) Regelungslücke, weil ein gegenüber einer schwangeren Arbeitslosen ausgesprochenes Beschäftigungsverbot nur bei gleichzeitiger Arbeitsunfähigkeit zur Weiterzahlung des Alg bzw. der Alhi gemäß § 126 Abs. 1 SGB III für insgesamt sechs Wochen führt. Anschließend ist die Schwangere in diesen Fällen (d.h. bei gleichzeitiger Arbeitsunfähigkeit) durch einen Anspruch auf Krankengeld (§ 44 Sozialgesetzbuch Fünftes Buch [SGB V]) hinreichend geschützt. Für eine schwangere Arbeitslose mit einem Beschäftigungsverbot nach § 3 Abs. 1 MuSchG (ohne dass gleichzeitig Arbeitsunfähigkeit vorliegt) kommt nach dem Wortlaut von § 119 Abs. 3 Nr. 1 SGB III aF mangels Verfügbarkeit dagegen weder die Fortzahlung von Alg bzw. Alhi noch - mangels

gleichzeitig vorliegender Arbeitsunfähigkeit - die Zahlung von Krankengeld in Betracht. Demgegenüber hat eine schwangere Arbeitnehmerin bei einem Beschäftigungsverbot nach § 3 Abs. 1 MuSchG (ohne gleichzeitige Arbeitsunfähigkeit) Anspruch auf Mutterschutzlohn gemäß § 11 MuSchG gegen ihren Arbeitgeber.

Diese sich aus der einfachgesetzlichen Regelung ergebende Ungleichbehandlung von arbeitslosen Schwangeren mit einem Beschäftigungsverbot nach § 3 Abs. 1 MuSchG (ohne gleichzeitige Arbeitsunfähigkeit) gegenüber vergleichbaren abhängig beschäftigten Schwangeren verstößt gegen Art 6 Abs. 4 Grundgesetz (GG), wonach jede Mutter Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der staatlichen Gemeinschaft hat. Diesem Schutzauftrag ist auch bei der Auslegung der einfachgesetzlichen Bestimmungen Rechnung zu tragen. Zwar ergibt sich daraus nicht, dass der Gesetzgeber gehalten wäre, jede mit der Mutterschaft zusammenhängende wirtschaftliche Belastung auszugleichen. Untersagt er aber einer Frau für eine bestimmte Zeit die Fortsetzung oder Wiederaufnahme ihrer versicherungspflichtigen Beschäftigung, so ist er auf Grund seines Schutzauftrages aus Art 6 Abs. 4 GG gehalten, die sich aus diesem Verbot unmittelbar ergebenden sozialrechtlichen Nachteile soweit wie möglich auszugleichen, weil sonst der angestrebte Schutz von Mutter und Kind unvollständig bliebe (Bundesverfassungsgericht [BVerfG], Beschluss vom 28. März 2006 - 1 BvL 10/01, SozR 4-4300 § 123 Nr. 3 sowie BVerfGE 115, 259). Die ausschließlich von einem Beschäftigungsverbot nach § 3 Abs. 1 MuSchG betroffene arbeitslose Mutter (ohne gleichzeitige Arbeitsunfähigkeit) verliert hingegen nach dem Wortlaut von § 119 Abs. 3 Nr. 1 SGB III aF (nunmehr: § 119 Abs. 5 Nr. 1 SGB III) allein wegen dieses Beschäftigungsverbots ihren Anspruch auf Zahlung von Alg bzw. Alhi. Damit wird auf sie ein unzulässiger Druck ausgeübt, sich entgegen dem ärztlichen Beschäftigungsverbot weiterhin dem Arbeitsmarkt zur Verfügung zu stellen und entweder Vorstellungsgespräche zu führen oder an Maßnahmen teilzunehmen, während die damit eigentlich angestrebte Aufnahme einer Arbeit wegen des dann den Arbeitgeber treffenden Beschäftigungsverbots ohnehin nicht in Betracht kommen dürfte (vgl. hierzu Loose, a.a.O., S. 522).

Die fehlende (einfachgesetzliche) Regelung zum hinreichenden Schutz von arbeitslosen Schwangeren, die bei einem Beschäftigungsverbot nach § 3 Abs. 1

MuSchG nicht gleichzeitig arbeitsunfähig sind, stellt eine planwidrige und unbeabsichtigte Regelungslücke dar. Denn es ist nicht erkennbar, dass der Gesetzgeber den Schutz von schwangeren Arbeitslosen bewusst geringer gestalten wollte als den von schwangeren Arbeitnehmerinnen. Ebenso wenig kann angenommen werden, dass der Gesetzgeber den eher selteneren Fall des generellen Beschäftigungsverbots ohne gleichzeitige Arbeitsunfähigkeit bewusst ungeregelt hat lassen wollen. Schließlich hätte der Gesetzgeber damit bewusst seinen sich aus Art 6 Abs. 4 GG ergebenden Schutzauftrag verletzt (vgl. hierzu: BVerfG, Beschluss vom 28. März 2006, a.a.O.). Für eine unbeabsichtigte Lücke sprechen letztlich auch die Ausführungen des BSG, wonach ein generelles Beschäftigungsverbot ohne eine die Verfügbarkeit ausschließende Arbeitsunfähigkeit nicht denkbar sein dürfte (BSG, Urteil vom 9. September 1999 - B 11 AL 77/98 R). Denn dabei wurde offensichtlich nicht der Fall einer Risikoschwangerschaft ohne aktuelle Erkrankung bedacht (vgl. LSG Hessen, a.a.O.; Loose, a.a.O., S. 521).

Die planwidrige und unbeabsichtigte Gesetzeslücke im sozialversicherungsrechtlichen Schutz von arbeitslosen Schwangeren mit einem Beschäftigungsverbot nach § 3 Abs. 1 MuSchG (ohne gleichzeitige Arbeitsunfähigkeit) ist im Wege der verfassungskonformen Auslegung von § 119 Abs. 3 Nr. 1 SGB III aF (nunmehr: § 119 Abs. 5 Nr. 1 SGB III) unter Heranziehung der Rechtsgedanken der §§ 120 Abs. 1, 125, 126 SGB III zu schließen. Der Gesetzgeber hat in den genannten Vorschriften bei einer tatsächlich fehlenden Verfügbarkeit diese kraft gesetzlicher Regelung fingiert und damit verdeutlicht, dass eine solche Fiktion der Verfügbarkeit im Rahmen der Arbeitslosenversicherung zulässig ist. Die aufgezeigte Lücke im verfassungsrechtlich gebotenen Schutz von Mutter und Kind bei einem Beschäftigungsverbot nach § 3 Abs. 1 MuSchG (ohne dass gleichzeitig Arbeitsunfähigkeit vorliegt) ist dadurch zu schließen, dass die Beklagte - vergleichbar dem nach § 11 Abs. 1 MuSchG zur Entgeltfortzahlung verpflichteten Arbeitgeber - bis zum Beginn des Mutterschutzes gem. § 3 Abs. 2 MuSchG zur Zahlung der bisherigen Entgeltersatzleistung (hier: Alhi) verpflichtet bleibt (ebenso: LSG Hessen, a.a.O.; LSG Baden-Württemberg, a.a.O.; Loose, a.a.O.; Mutschler, a.a.O.; anderer Auffassung hingegen: Gutzler in: Mutschler/Bartz/Schmidt-De Caluwe, NomosKommentar zum SGB III, 3. Auflage 2008, § 119 Rdnr. 127, wobei allerdings eine Auseinandersetzung mit dem Beschluss des BVerfG vom 28. März 2006,

a.a.O., nicht stattfindet). Aufgrund des beim BSG anhängigen Revisionsverfahrens (B 7 AL 26/10 R) hat das Bundesministerium für Arbeit und Soziales zwischenzeitlich die Bundesagentur für Arbeit "gebeten", in den Fällen eines absoluten Beschäftigungsverbots ohne gleichzeitige Arbeitsunfähigkeit der Schwangeren bis zur Entscheidung des BSG vorläufig Alg weiterzuzahlen (Antwort des Staatssekretärs Gerd Hoofe vom 22. September 2010 auf die Parlamentarische Anfrage der Abgeordneten Gabriele Hiller-Ohm (SPD), BT-Drucksache 17 (3008, S. 37f.).

Für die Zeit ab Beginn des Mutterschutzes besteht keine ausfüllungsbedürftige Gesetzeslücke mehr, da die Ansprüche der Klägerin für diese Zeit in § 13 MuSchG geregelt sind. Die Entscheidung der Beklagten erweist sich somit für die Zeit ab Beginn des Mutterschutzes als rechtmäßig.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 193 SGG.

Die Revision wird wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtsfrage der Zulässigkeit einer Fiktion der Verfügbarkeit im Falle eines reinen Beschäftigungsverbots nach § 3 Abs. 1 MuSchG (d.h. ohne gleichzeitige Arbeitsunfähigkeit) zugelassen (§ 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG).

---

## RECHTSMITTELBELEHRUNG UND ERLÄUTERUNG ZUR PROZESSKOSTENHILFE I. RECHTSMITTELBELEHRUNG

Dieses Urteil kann mit der Revision angefochten werden.

Die Revision ist von einem bei dem Bundessozialgericht zugelassenen Prozessbevollmächtigten innerhalb **eines Monats** nach Zustellung des Urteils schriftlich oder in elektronischer Form beim Bundessozialgericht, 34114 Kassel, einzulegen. Die Revisionschrift muss bis zum Ablauf der Monatsfrist beim Bundessozialgericht **eingegangen sein**.

Die elektronische Form wird nur durch eine qualifiziert signierte Datei gewahrt, die den Maßgaben der Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundessozialgericht vom 18. Dezember 2006 (BGBl. I S. 3219 ff., abrufbar unter [www.egvp.de](http://www.egvp.de)) entspricht und als Anhang einer elektronischen Nachricht zu übermitteln ist. Die qualifizierte elektronische Signatur erfordert eine Signaturkarte und ein Kartenlesegerät (zu den weiteren technischen Voraussetzungen und den zulässigen Dateiformaten: [www.egvp.de](http://www.egvp.de)). Zur Entgegennahme elektronischer Dokumente ist ausschließlich der elektronische Gerichtsbriefkasten des Bundessozialgerichts bestimmt, der über die vom Bundessozialgericht zur Verfügung gestellte Zugangs- und Übertragungssoftware erreichbar ist. Die Software kann über das Internetportal des Bundessozialgerichts ([www.bundessozialgericht.de](http://www.bundessozialgericht.de)) lizenzfrei heruntergeladen werden.

Als Prozessbevollmächtigte sind nur zugelassen:

- jeder Rechtsanwalt,
- Rechtslehrer an einer deutschen Hochschule im Sinn des Hochschulrahmengesetzes mit Befähigung zum Richteramt,
- selbstständige Vereinigungen von Arbeitnehmern mit sozial- oder berufspolitischer Zwecksetzung für ihre Mitglieder,
- berufsständische Vereinigungen der Landwirtschaft für ihre Mitglieder,
- Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder,
- Vereinigungen, deren satzungsgemäße Aufgaben die gemeinschaftliche Interessenvertretung, die Beratung und Vertretung der Leistungsempfänger nach dem sozialen Entschädigungsrecht oder der behinderten Menschen wesentlich umfassen und die unter Berücksichtigung von Art und Umfang ihrer Tätigkeit sowie ihres Mitgliederkreises die Gewähr für eine sachkundige Prozessvertretung bieten, für ihre Mitglieder,
- juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der vorgenannten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt, und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

Die vorgenannten Vereinigungen, Gewerkschaften und juristischen Personen müssen durch Personen mit Befähigung zum Richteramt handeln.

Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse sowie private Pflegeversicherungsunternehmen können sich durch eigene Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt oder durch Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt anderer Behörden oder juristischer Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse vertreten lassen.

Ein Beteiligter, der zur Vertretung als Prozessbevollmächtigter vor dem Bundessozialgericht berechtigt ist, kann sich selbst vertreten; auch hierbei müssen die vorgenannten Vereinigungen, Gewerkschaften und juristischen Personen durch Personen mit Befähigung zum Richteramt handeln.

Die Revisionschrift muss das angefochtene Urteil bezeichnen.

Die Revision ist innerhalb von **zwei Monaten** nach Zustellung des Urteils von einem zugelassenen Prozessbevollmächtigten oder in elektronischer Form schriftlich zu begründen. Die Begründung muss einen bestimmten Antrag enthalten, die verletzte Rechtsnorm und, soweit Verfahrensmängel gerügt werden, die Tatsachen bezeichnen, die den Mangel ergeben.

Die Revision kann nur darauf gestützt werden, dass das angefochtene Urteil auf der Verletzung einer Vorschrift des Bundesrechts oder einer sonstigen im Bezirk des Berufungsgerichts geltenden Vorschrift beruht, deren Geltungsbereich sich über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus erstreckt.

Ist das Urteil im **Ausland** zuzustellen, so gilt **anstelle** der oben genannten Monatsfrist eine Frist von **drei Monaten**. An die Stelle der Frist von zwei Monaten zur **Begründung der Revision** tritt eine Frist von **vier Monaten**.

**D.**

**E.**

**F.**

## **II. ERLÄUTERUNGEN ZUR PROZESSKOSTENHILFE**

Für die Revision vor dem Bundessozialgericht kann ein Beteiligter, der nicht schon durch die oben genannten Vereinigungen, Gewerkschaften oder juristischen Personen vertreten ist, Prozesskostenhilfe zum Zwecke der Beordnung eines Rechtsanwalts beantragen.

Der Antrag kann von dem Beteiligten persönlich gestellt werden; er ist beim Bundessozialgericht entweder schriftlich oder in elektronischer Form einzureichen oder mündlich vor dessen Geschäftsstelle zu Protokoll zu erklären. Die Hausanschrift des Bundessozialgerichts lautet: Graf-Bernadotte-Platz 5, 34119 Kassel.

Dem Antrag sind eine Erklärung des Beteiligten über seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse (Familienverhältnisse, Beruf, Vermögen, Einkommen und Lasten) sowie entsprechende Belege beizufügen; hierzu ist der für die Abgabe der Erklärung vorgeschriebene Vordruck zu benutzen. Der Vordruck kann von allen Gerichten und ggf. durch den Schreibwarenhandel bezogen werden.

Der Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe und die Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse - ggf. nebst entsprechenden Belegen - müssen bis zum Ablauf der Frist für die Einlegung der Beschwerde (ein Monat nach Zustellung des Urteils im Inland, drei Monate nach Zustellung des Urteils im Ausland) beim Bundessozialgericht eingegangen sein.

Mit dem Antrag auf Prozesskostenhilfe kann ein zur Vertretung bereiter Rechtsanwalt benannt werden.

Ist dem Beteiligten Prozesskostenhilfe bewilligt worden und macht er von seinem Recht, einen Rechtsanwalt zu wählen, keinen Gebrauch, wird auf seinen Antrag der beizuordnende Rechtsanwalt vom Bundessozialgericht ausgewählt.

**Der Revisionschrift und allen folgenden Schriftsätzen sollen Abschriften für die übrigen Beteiligten beigelegt werden.**

**Das Bundessozialgericht bittet darüber hinaus um je zwei weitere Abschriften.**

(RMB LSG V 550a 04.2010)