

Urteil

LSG Rheinland-Pfalz, § 3 Abs. 1 MuSchG,
§ 119 Abs. 5 SGB III

**Verfügbarkeit Schwangerer bei ärztlichem
Beschäftigungsverbot**

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 orientierten Auslegung des § 119 Abs. 5 SGB III nicht dazu, dass zwingend von einem Ausschluss der Verfügbarkeit der Schwangeren auszugehen ist.

Urteil des LSG Rheinland-Pfalz vom 28.01.2011, L 1 AL 38/10

Aus den Gründen:

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

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. [...]

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 Mutterschutzfrist (§ 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. [...]

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. [...]

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. [...]

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). [...] 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 ortsnah 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 Beschäftigungsverbots 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. Erlg., 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 Be-

schäftigungsverbots 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 – 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 auszuscheiden.

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 Beschäftigungsverbots 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 Beschäftigungsverbots 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 Rechtsgedanken 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 Beschäftigungsverbots - 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 Kreikebohm/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 bereit 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 Be-

rücksichtigung 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 gesetzliche, 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/Henze, 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 Sanktionsnorm 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 Schutzbüroschriften 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. Erlg., 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 angebracht 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 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 gleichfalls mit der erwähnten Rechtsfrage befassen, erkennbar ist.