

Rechtsanwältin Viviane Fischer

RAin Viviane Fischer | Gaudystr. 6 | 10437 Berlin

Berlin, 30.11.2018

Bundessozialgericht
34114 Kassel

Tel. 030 922 59670

Fax 030 92259668

kontakt@vivianefischer.de

www.vivianefischer.de

Per Fax Nr. 0561/3107-475

Az. 1022/2018/VF

In dem Rechtsstreit von

Dr. Beate Kutschke

Beschwerdeführerin

gegen

Bundesagentur für Arbeit

Beschwerdegegnerin

– B 11 AL 61/18 B –

wird die Beschwerde vom 28.9.2018 begründet.

[...]

III. Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung:

Der Rechtsstreit hat grundsätzliche Bedeutung nach § 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG. Es stellt sich eine Rechtsfrage, die entscheidungserheblich ist, weil der Rechtsstreit sonst nicht entschieden werden kann und die Entscheidung auch nicht auf andere, von der Rechtsfrage unabhängige und tragfähige Gründe gestützt werden kann (s. Entscheidungserheblichkeit).

Der Rechtsstreit wirft die Frage auf:

Wie ist die gesetzliche Formulierung in § 138 Abs. 5 Nr. 3 und 4 ‚bereit sein‘ auszulegen? Handelt es sich bei der Bereitschaft um eine allgemeine mentale Einstellung des Arbeitslosen, die durch Interpretation von Äußerungen und Handlungen des Arbeitslosen in diversen Kontexten hergeleitet wird, und von der Prognosen für die Zukunft – Wahrscheinlichkeit der Annahme von zukünftigen Angeboten von Stellen und Maßnahmen zur beruflichen Eingliederung – abgeleitet werden? Oder kann die ‚Bereitschaft‘ vielmehr nur anhand von konkreten Stellenangeboten und Eingliederungsmaßnahmen zuverlässig festgestellt werden, wenn z.B. ein Arbeitsloser auf ein von der Bundesagentur für Arbeit gemachtes Angebot für zumutbare Arbeit sich nicht bewirbt?

Es stellen sich folgende Detailfragen: Welche Feststellungen sind z.B. bezüglich der subjektiven Verfügbarkeit zu treffen, wenn ein Arbeitsloser im ersten Monat seiner Arbeitslosigkeit glaubwürdig erklärt, er wäre bereit, jede von der Beschwerdegegnerin angebotene Arbeit und jede Eingliederungsmaßnahme anzunehmen, die zumutbaren Arbeitsstellen, die ihm im 11. und 12. Monat angeboten werden, jedoch allesamt ablehnt? Ist daraus die Schlussfolgerung zu ziehen, dass der Arbeitslose zu Beginn seiner Arbeitslosigkeit sich über seine eigenen ‚inneren Tatsachen‘ getäuscht hat und er hätte wissen müssen, dass er sich täuscht, und wären somit die bewilligten Leistungen rückwirkend nach § 45 Abs. 2 Nr. 3 SGB X aufzuheben? Wie verhält es sich mit einem Arbeitslosen, der seine Arbeitsbereitschaft per Erklärung im ersten Monat auf ein bestimmtes Arbeitssegment einschränkt, jedoch das konkrete Stellenangebot aus einem ausgeschlossenen Segment in einer der nachfolgenden Monate so attraktiv findet, dass er sich darauf bewirbt und die Stelle anschließend erhält? Hatte der zweite Arbeitslose dann keinen Anspruch auf Arbeitslosengeld im Vergleich zum ersten, obwohl der zweite wieder in Beschäftigung gekommen ist, wohingegen der erste weiterhin arbeitslos ist? Beide Arbeitslose haben sich über ihre Einstellung (Bereitschaft) getäuscht, ohne dass vor dem konkreten Stellenangebot für Außenstehende erkennbar war, wer von den beiden tatsächlich Stellenangebote annehmen würde und wer nicht.

Ist bezogen auf die sich in den Beispielen abzeichnende Schwierigkeit, mentale Zustände (Einstellungen, innere Tatsachen) sowohl von außen als auch aus der Innenperspektive zutreffend zu bestimmen, die subjektive Verfügbarkeit zu verneinen, wenn ein Arbeitsloser der Auffassung der Bundesagentur für Arbeit oder eines Gerichts nach in Äußerungen zum Ausdruck bringt, dass er subjektiv nicht zur Verfügung steht, indem er z.B. mitteilt, dass er nicht davon ausgeht, dass die Bundesagentur für Arbeit in der Lage ist, Arbeitslose kompetent in Arbeit zu vermitteln, (Meinung gemäß Art. 5 Abs. 1 GG) oder dass er nur zehn Stunden in der Woche arbeiten könne oder dass er nur Stellen in seinem Wunschberuf annehmen wolle, jedoch kein von der Bundesagentur für Arbeit tatsächlich unterbreitetes Arbeitsangebot und keine Eingliederungsmaßnahme ablehnt? Hat der Arbeitslose dann keinen Anspruch auf ALG I, weil er zwar objektiv alle Obliegenheiten vorbildlich erfüllt hat, dies jedoch nicht mit der ‚richtigen‘ Einstellung oder Gesinnung (fehlende subjektive Verfügbarkeit, fehlende Bereitschaft) tat? Ist die subjektive Verfügbarkeit zu verneinen, wenn ein Arbeitsloser die angeführten Äußerungen (zur Kompetenz der Bundesagentur für Arbeit gemäß Art. 5 GG, der ihm möglichen Leistungsfähigkeit oder seinem Wunschberuf) macht und ergänzend ganz i.S.v. BT-Drucks 13/4941, 1996, S. 175 umfangreiche Eigenbemühungen nachweist, die Bundesagentur für Arbeit ihm jedoch weder Angebote für Arbeit noch für Maßnahmen unterbreitet, die er hätte annehmen wollen und die die Beschwerdegegnerin – unabhängig von äußeren Umständen wie stattfindenden Meldeterminen – auch durchaus hätte machen können, wenn sie gewollt hätte? Kann dann allein aus den Äußerungen geschlussfolgert werden, dass der Arbeitslose der Bundesagentur für Arbeit subjektiv nicht zur Verfügung stand und er deshalb keinen Anspruch auf Arbeitslosengeld hatte, obwohl er sich mangels Angeboten von Stellen und Maßnahmen keinerlei Obliegenheitsverletzungen zuschulden hat kommen lassen? Ist die subjektive Verfügbarkeit zu verneinen, wenn ein Arbeitsloser gemäß Art. 20 Abs. 2 GG (politische Partizipation) sich an der politischen Willensbildung und der Verwaltungskontrolle beteiligt, indem er auf Probleme im Arbeitslosenmanagement und die seiner Auffassung nach mangelnde Kompetenz der Bundesagentur für Arbeit aufmerksam macht und Verwaltungsakte der Behörde mittels Widerspruch und Klage gerichtlich überprüfen lässt, aber ansonsten alle ihm obliegenden Verpflichtungen erfüllt? Steht er dann aufgrund seiner Kritik an der Behörde und seines an Gerichte gerichteten Prüfungsauftrags den Vermittlungsbemühungen der Bundesagentur für Arbeit subjektiv nicht zur Verfügung, weil er nicht die ‚richtige‘ Einstellung hat – auch wenn er seine subjektive Verfügbarkeit (‚Bereitschaft‘) i.S.v. § 138 Abs. 5 Nr. 3 und 4 SGB III ausdrücklich erklärt hat und, wie gesagt, sich ansonsten auch keine Obliegenheitsverletzungen zuschulden hat kommen lassen?

D.h. manifestiert sich die subjektive Verfügbarkeit in der allgemeinen mentalen Einstellung – der Meinung zur Bundesagentur für Arbeit, zum Arbeitsmarkt, zur Verfassungsgemäßheit einzelner Normen von SGB II und III und zur eigenen Rolle als Arbeitender in der Solidargemeinschaft – oder manifestiert sie sich nicht vielmehr in konkreten Handlungen und zielgerichteten Sprechakten (also i.S. der Sprechakttheorie Äußerungen, die Handlungscharakter haben, wie Ablehnungen und Zusagen), die auf konkrete Angebote für Stellen und Eingliederungsmaßnahmen gemäß § 138 Abs. 5 Nr. 3 und 4 SGB III bezogen sind?

Ist mit ‚Bereitschaft‘ überhaupt die mentale Einstellung gemeint oder handelt es sich hierbei lediglich um eine ‚Formulierungskrücke‘ des Gesetzgebers, die sich zwar auf sozialgesetzliche Tradition berufen kann, die angestrebte Regelung – nämlich die Forderung, dass der Arbeitslose jede ihm tatsächliche angebotene zumutbare Arbeit und Maßnahme annehmen solle – jedoch unnötig verschleiern? S. hierzu die Ausführungen im Abschnitt ‚Klarungsbedürftigkeit‘.

a) Klärungsbedürftigkeit:

Die Rechtsfrage ist klärungsbedürftig, weil in der Rechtsprechung immer wieder Fälle belegt sind, in denen die subjektive Verfügbarkeit (i.S.v. ‚richtiger‘ Einstellung, Gesinnung, Meinung, Arbeitsbereitschaft und der Bereitschaft, jedes Stellenangebot und jedes Maßnahmeangebot anzunehmen) nicht anhand der Reaktion auf konkrete Angebote von Stellen und Eingliederungsmaßnahmen gemäß § 138 Abs. 5 Nr. 3 und 4 SGB III, sondern jeweils prospektiv durch Auslegung ermittelt wird. (Der Begriff der subjektiven Verfügbarkeit wird gemäß h.M. auf § 138 Abs. 5 Nr. 3 und 4 SGB III bezogen (Gagel/Baldschun, SGB III, Juni 2018, § 138, Rn. 296, 305, 314; Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann/Mutschler, SGB III, 5. Aufl. 2017, § 138, Rn. 64; Stephan Gutzler in Mutschler/Schmidt-De Caluwe/Coseriu, SGB III, 6. Auflage 2017, § 138 Rn. 197-220; Müller in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, SGB III, 1.9.2018, § 138, Rn. 71).)

Dass die Auslegungskriterien uneinheitlich bzw. ungeklärt sind, zeigen folgende Entscheidungen:

Das Bundessozialgericht (Urteil vom 14.05.2014 – B 11 AL 8/13 R –, Rn. 15) begreift subjektive Verfügbarkeit ausdrücklich als „innere Tatsache“, d.h. als mentalen Zustand (Einstellung, Gesinnung, Meinung), die somit abstrakt, d.h. ohne Bezug auf konkrete Angebote der Bundesagentur für Arbeit ermittelt werden kann. Das Bundessozialgericht stellt fest, dass diese innere Tatsache nicht allein anhand des Erscheinens bei Meldeterminen festzustellen sei (die ohnehin nur dann als Indizien taugen, wenn beim Meldetermin i.S.v. § 138 Abs. 5 Nr. 3 und 4 SGB III Angebote für Stellen und Eingliederungsmaßnahmen unterbreitet werden); es lässt ansonsten offen, woran der mentale Zustand ‚Bereitschaft‘ festzumachen ist.

Die Empfehlung, die subjektive Verfügbarkeit, auf der Grundlage einer „Gesamtbetrachtung des Verhaltens des Arbeitslosen – auch unter Berücksichtigung der Meldeversäumnisse –“ zu beurteilen, gibt keine Anhaltspunkte dafür, ob die subjektive Verfügbarkeit anhand aller verfügbaren Mitteilungen und Handlungen des Arbeitslosen zu konstruieren ist (von mündlichen und schriftlichen Äußerungen des Arbeitslosen gegenüber der Beschwerdegegnerin bis hin zu dessen öffentlichen Posts in sozialen Netzwerken u.ä.) oder ob nur das Verhalten des Arbeitslosen in Bezug auf tatsächliche Handlungen der Bundesagentur für Arbeit nach § 138 Abs. 5 Nr. 3 und 4 SGB III, also die Annahme oder Ablehnung von konkreten Angeboten von Stellen und Eingliederungsmaßnahmen, zu berücksichtigen ist.

Das Urteil des Bundessozialgerichts vom 30.3.2004 – B 1 KR 30/02 R –, Rn. 13, definiert, dass „fehlendes Interesse an einer Vermittlung und Arbeitsaufnahme“ die „subjektive Verfügbarkeit im Sinne der Arbeitsbereitschaft“ einschränkt. Der mentale Zustand ‚fehlendes Interesse‘ manifestiert sich im konkreten Streitfall in einer allgemeinen Erklärung des Arbeitslosen, nicht mehr arbeitsbereit zu sein und nicht mehr alle Möglichkeiten zu nutzen oder nutzen zu wollen, um seine Beschäftigungslosigkeit zu beenden. Der genaue Wortlaut ist in der Urteilsbegründung nicht wiedergegeben, so dass nicht erkennbar ist, ob der Arbeitslose dies wortwörtlich so erklärt hat oder ob er ganz andere Aussagen gemacht hat, die von der Bundesagentur für Arbeit bzw. dem Gericht als Erklärung ausgelegt wurden. Ob der Arbeitslose die Erklärung in Bezug auf konkrete Angebote für Stellen oder Eingliederungsmaßnahmen gegeben hat, ist der Urteilsbegründung ebenfalls nicht zu entnehmen.

Gemäß des Leitsatzes des Bundessozialgerichts, Urteil vom 9.9.1999 – B 11 AL 13/ 99 R – ist die subjektive Verfügbarkeit (Arbeitsbereitschaft) auf der Grundlage der tatsächlichen gesundheitlichen Leistungsfähigkeit festzustellen. Gemeint ist damit, so ergibt sich aus Rn. 20, die Korrespondenz oder Diskrepanz zwischen der Bereitschaft des Arbeitslosen zur Aufnahme einer zumutbaren, der Leistungsfähigkeit entsprechenden Beschäftigung auf der einen und der tatsächlichen Leistungsfähigkeit (objektive Verfügbarkeit) gemäß der Feststellungen der Bundesagentur für Arbeit auf der anderen Seite. Worin sich die vorhandene Bereitschaft des Arbeitslosen zur Aufnahme einer zumutbaren Beschäftigung manifestiert – in allgemeinen Äußerungen oder der Ablehnung oder Annahme eines konkreten Stellen- oder Maßnahmenangebots – bleibt in den Ausführungen des Bundessozialgerichts auch hier offen.

Nach dem Urteil des Bundessozialgerichts vom 17.12.2013 – B 11 AL 20/12 R –, Rn. 20, manifestiert sich die subjektive Verfügbarkeit in „fortlaufenden Eigenbemühungen“ sowie der Befolgung „konkretisierender Hinweise seines Arbeitsvermittlers“ und der „Vorgaben einer Eingliederungsvereinbarung“. Die subjektive Verfügbarkeit ist somit in diesem Urteil nicht unbedingt an die Anforderungen aus § 138 Abs. 5 Nr. 3 und 4 SGB III – Annahme von

Angeboten für Stellen und Eingliederungsmaßnahmen –, sondern auch andere Anforderungen gebunden, falls die Hinweise des Arbeitsvermittlers und die Vorgaben in der Eingliederungsvereinbarung sich nicht auf konkrete Angebote für Stellen und Eingliederungsmaßnahmen beziehen.

In den erörterten Urteilsbegründungen bleibt ‚subjektive Verfügbarkeit‘ ein diffuses Konzept. Gemäß der gefestigten Rechtsprechung ist unbestritten, dass die subjektive Verfügbarkeit von der Bundesagentur für Arbeit bzw. von Gerichten ermittelt werden muss. Anhand welcher Verhaltensmerkmale sie ermittelt werden kann, d.h. welche Kriterien von vorhandener oder fehlender subjektiver Verfügbarkeit erfüllt werden müssen, ist ungeklärt.

Die Klärung der Rechtsfrage hat über den Einzelfall hinaus Bedeutung. Sie wird eine deutliche Erhöhung der Rechtssicherheit im Rechtskreis SGB III herbeiführen. Dies könnte insbesondere der Fall sein, wenn für die Feststellung der subjektiven Verfügbarkeit nur noch die Verhaltensweisen des Arbeitslosen in Bezug auf konkrete Stellenangebote und Eingliederungsmaßnahmen der Bundesagentur für Arbeit herangezogen werden.

Die Rechtsfrage ist auch deshalb klärungsbedürftig, weil sie verfassungsrechtliche Fragen in Bezug auf Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 5 GG aufwirft. Wird die subjektive Verfügbarkeit (‚Bereitschaft‘ nach § 138 Abs. 5 Nr. 3 und 4 SGB III) aus verschiedenartigen Äußerungen und Handlungen des Arbeitslosen hergeleitet, die nicht auf konkrete Stellenangebote und Eingliederungsmaßnahmen bezogen sind, so schränkt § 138 Abs. 5 Nr. 3 und 4 SGB III die Grundrechte auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und freie Meinungsäußerung in ihrem Wesensgehalt ein, weil jede Äußerung und Handlung des Arbeitslosen theoretisch von der Behörde und von Gerichten zur Ermittlung der subjektiven Verfügbarkeit herangezogen werden kann. Gerade Arbeitslose, die nicht daran interessiert sind, persönlich ‚so gut wie möglich wegzukommen‘ (indem sie ihre Mitteilungen auf die Inhalte konzentrieren, die für sie selbst am vorteilhaftesten sind), sondern die sich für die Zweck- und Rechtmäßigkeit von Verwaltungshandeln einsetzen, setzen sich somit dem Risiko aus, ihren Anspruch auf Arbeitslosengeld zu verlieren, wenn sie die Leistungsfähigkeit der Bundesagentur für Arbeit begründet in Frage stellen und diese kritischen Äußerungen von Gerichten als Beweis für das Fehlen der erforderlichen subjektiven Verfügbarkeit missinterpretiert wird.

b) Klärungsfähigkeit der Rechtsfrage im vorliegenden Rechtsstreit:

Die Rechtsfrage ist klärungsfähig, weil anhand des vorliegenden, komplexen Falls kritisch erörtert werden kann, welche Merkmale vorhandene oder fehlende subjektive Verfügbarkeit aufweisen sollen. Orientierungspunkte stellen dabei der Normzweck von § 138 Abs. 5 Nr. 3 und 4 SGB III sowie der übergeordnete Zweck des Arbeitslosenmanagements dar, wie es SGB III regelt.

Es wird angeregt, folgenden Lösungsvorschlag zu prüfen:

Mutschler benennt als Normzweck von § 138 SGB III generell die „Minderung des Schadens nach Eintritt des Versicherungsfalls“, der durch die Forderung erreicht wird, „die Arbeitslosigkeit [...] möglichst rasch zu beenden“ – und zwar, indem der Arbeitslose eigenverantwortlich „an der Beendigung des Versicherungsfalls“ mitwirkt. Speziell für § 138 Abs. 5 bedeutet dies, dass der Arbeitslose bei der Vermittlung mitwirkt und nicht „Personen als arbeitslos geführt werden, die sich nicht um alsbaldige Beendigung des Versicherungsfalls bemühen“ (Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann/Mutschler, SGB III, 2017, § 138, Rn. 1 und 2). (Andere Kommentare benennen unter der Zwischenüberschrift „Normzweck“ Anderes, jedoch nicht einen Normzweck.) Bezogen auf die genannten Normzwecke sind die Merkmale subjektiver Verfügbarkeit zu bestimmen.

„Subjektive Verfügbarkeit“ und „Arbeitsbereitschaft“ bezeichnen mentale Zustände (Einstellungen, innere Tatsachen). Mentale Zustände sind für die Ermittlung von Tatbeständen und die Ableitung von Rechtsfolgen grundsätzlich nur sehr eingeschränkt geeignet: Da immer nur das Individuum, dessen Geist den Zustand gerade hat, unmittelbaren Zugang zu seinem eigenen mentalen Zustand hat und über diesen Auskunft erteilen kann, können mentale Zustände, wie Einstellungen, Gesinnungen und Haltungen, von Anderen grundsätzlich nur mittelbar aus Handlungen und Äußerungen des Individuums abgeleitet werden. Mentale Zustände sind so gesehen für Außenstehende Konstruktionen, d.h. gerade keine Tatsachen. Doch auch für das Individuum selbst mag sich die innere Tatsache im Nachhinein als Illusion oder Selbsttäuschung erweisen. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn eine Einstellung (wie z.B. Bereitschaft) Voraussetzung für den Erhalt von Begehrtem (wie z.B. Arbeitslosengeld) sein soll (Robert Trives, Deceit and Self-Deception, 2011, Kap. 3).

Für die Bedingung der subjektiven Verfügbarkeit und Arbeitsbereitschaft bedeutet dieser Sachverhalt, dass es bezogen auf den Normzweck von § 138 SGB III, die baldmöglichste Beendigung der Arbeitslosigkeit, am zielführendsten ist, die subjektive Verfügbarkeit und Arbeitsbereitschaft (als Synonyme im Kontext von § 138 Abs. 5 Nr. 3 und 4) nicht aus allen verfügbaren Mitteilungen und Handlungen im Kontext der Arbeitslosigkeit und in der Interaktion mit der Beschwerdegegnerin zu konstruieren, sondern ausschließlich in Bezug auf Handlungen und Sprechakte in Reaktion auf konkrete Angebote von Stellen und Eingliederungsmaßnahmen. Nur in Bezug auf diese kann zuverlässig, d.h. ohne Missinterpretation, festgestellt werden, ob der Arbeitslose bereit ist, diese anzunehmen oder ob er zu Unrecht Arbeitslosengeld bezieht. Das führt das obige Gedankenexperiment des Arbeitslosen vor Augen, der zu Beginn des Leistungsbezugs seine Bereitschaft überzeugend erklärt und im Fall konkreter Angebote nach mehrmonatiger Arbeitslosigkeit doch keines der Angebote annimmt. Letztlich kommt es für den Zweck der baldmöglichsten Beendigung von Arbeits-

losigkeit jedoch auch nicht auf die vom Arbeitslosen artikulierte ehrliche oder vorgetäuschte Einstellung (simulatio und dissimulatio in der verhaltensethischen Terminologie der frühen Neuzeit) in abstracto an – Arbeitslose sollen keine Gesinnungsgemeinschaft bilden: die ‚Gemeinschaft der Bereiten‘ –, sondern allein darauf, dass der Arbeitslose auf konkrete Angebote zum Zweck der Beendigung der Arbeitslosigkeit reagiert. Im Übrigen lässt sich nur in Bezug auf ein konkretes Angebot überhaupt abschließend bestimmen, ob das Angebot zumutbar ist.

Wenn sich die subjektive Verfügbarkeit und Arbeitsbereitschaft jedoch ohnehin nur aus konkreten Reaktionen auf konkrete Angebote zuverlässig herleiten lässt, sind die abstrakten, weite Interpretations- und Fantasieräume eröffnenden Begriffe der subjektiven Verfügbarkeit und (Arbeits-)Bereitschaft unnötig. Es genügt festzustellen, dass ein Arbeitsloser ein konkretes Angebot angenommen oder abgelehnt hat. Vor diesem Hintergrund böte sich somit eine Novellierung von § 138 Abs. 5 Nr. 3 und 4 an. Die Norm lautete mit einer Formulierung, die auf den doppeldeutigen Bereitschaftsbegriff verzichtet:

(5) Den Vermittlungsbemühungen der Agentur für Arbeit steht zur Verfügung, wer
[...]

3. ~~bereit ist, jede Beschäftigung im Sinne der Nummer 1, die ihm ein Arbeitgeber durch Vermittlung der Agentur für Arbeit anbietet, annimmt und anschließend auch ausübt anzunehmen und auszuüben~~, und

4. ~~bereit ist, an jeder Maßnahmen zur beruflichen Eingliederung in das Erwerbsleben, das die Agentur für Arbeit ihm anbietet, teilnimmt teilzunehmen~~.

Eine Differenzierung zwischen objektiver und subjektiver Verfügbarkeit wäre unnötig. Die vorgeschlagene Formulierung würde im Übrigen auch zur Verwaltungskontrolle beitragen, indem sie die Behörde anhält, sofort nach der Arbeitssuchendmeldung Angebote für Stellen und Eingliederungsmaßnahmen zu machen.

Verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf Art. 12 GG brauchen an dieser Stelle nicht weiter erörtert zu werden. Insbesondere kann offen bleiben, ob die Bedenken sich erst in der hier vorgeschlagenen Neuformulierung aufdrängen oder ob bereits der aktuellen Fassung von § 138 Abs. 5 Nr. 3 und 4 SGB III nicht hinnehmbare Grundrechtsverletzungen insofern inne wohnen, als die Norm den Grundrechtseingriff nicht ausnahmsweise aufgrund einer vorübergehenden, außergewöhnlich schwierigen Arbeitsmarktsituation (einem ‚Notstand‘) zulässt, sondern – eben aufgrund der fehlenden zeitlichen Beschränkung und der fehlenden Bindung der Gültigkeit der Norm an eine widrige Verfassung des Arbeitsmarktes – eine dauerhafte Verletzung von Art. 12 GG darstellt.

Dass die hier vorgeschlagene Auslegung von § 138 Abs. 5 Nr. 3 und 4 SGB III, die – mit oder ohne Neuformulierung des Normtexts – auf die Konstruktion von mentalen Zuständen verzichtet und sich an die Fakten, die ausdrückliche Annahme und Ablehnung von konkreten Angeboten, hält, jedenfalls Rechtsunsicherheit in erheblichem Maße reduziert, lässt sich anhand des vorliegenden Falls vor Augen führen: Die Beschwerdegegnerin hat in dem Zeitraum zwischen der Arbeitssuchendmeldung der Beschwerdeführerin und der Aufhebung der Leistungen (28.9.2013 bis 8.5.2014) keine Angebote für Stellen und Eingliederungsmaßnahmen gemacht, obwohl sie hierzu jederzeit auch unabhängig von einem persönlichen Gespräch (Meldetermin) in der Lage war, weil ihr vonseiten der Beschwerdeführerin ausreichende Informationen zur beruflichen Situation der Beschwerdeführerin vorlagen (s. Arbeitssuchendmeldung vom 13.6.2013, Antrag auf Arbeitslosengeld vom 9.9.2013, Widersprüche bzw. Schreiben der Beschwerdeführerin an die Beschwerdegegnerin vom 29.10., 5.11., 9.11. und 27.11.2013). Die Beschwerdeführerin hat kein Angebot abgelehnt; sie stand den Bemühungen der Beschwerdegegnerin zur Vermittlung in Arbeit gemäß § 138 Abs. 5 SGB III somit durchgängig zur Verfügung. Schwierige Auslegungen von vieldeutigen Äußerungen als Erklärungen, Wünsche, Bitten oder Bedingungen zum Zwecke der Ermittlung der unbestimmten subjektiven Verfügbarkeit erübrigten sich.

c) Entscheidungserheblichkeit:

Die Klärung der Rechtsfrage ist entscheidungserheblich. Wird festgestellt, dass die Beschwerdeführerin die Anforderungen aus § 138 Abs. 5 Nr. 3 und 4 nicht verletzt hat, weil eine Verletzung nur aus der Ablehnung konkreter Angebote von Stellen und Eingliederungsmaßnahmen und nicht aus einer konstruierten fehlenden subjektiven Verfügbarkeit (als ‚falscher Einstellung‘) abgeleitet werden kann, dann wäre der Klage der Beschwerdeführerin stattzugeben und der Aufhebungsbescheid vom 5.5.2014 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 21.5.2014 aufzuheben. Der Vorwurf der groben Fahrlässigkeit als Voraussetzung für die Aufhebung von Leistungen nach § 45 SGB X i.V.m. § 330 SGB III entbehrte dann jeglicher Grundlage. Denn, wenn die Verfügbarkeit der Beschwerdeführerin für Bemühungen der Beschwerdegegnerin zur Vermittlung in Arbeit (ohne Differenzierung zwischen subjektiver und objektiver Verfügbarkeit) außer Frage steht, könnte auch nicht mehr argumentiert werden, sie hätte wissen müssen, dass sie der Beschwerdegegnerin subjektiv nicht zur Verfügung stand.

[...]