S 35 AL 827/12

Land
Nordrhein-Westfalen
Sozialgericht
SG Dortmund (NRW)
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung
Abteilung
35
1. Instanz
SG Dortmund (NRW)
Aktenzeichen
S 35 AL 827/12
Datum
18.08.2014
2. Instanz
LSG Nordrhein-Westfalen
Aktenzeichen
-
Datum
-
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Urteil
Die Klage wird abgewiesen. Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten um die Rechtmäßigkeit eines Bescheides, mit dem die Beklagte einen an den Kläger gerichtete Bewilligung von Arbeitslosengeld nach dem Dritten Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) aufgehoben hat.

Der Kläger stand bereits im Jahr 2009 bei der Beklagten im Bezug von Arbeitslosengeld. Zuletzt meldete er sich am 09.05.2012 arbeitslos und stellte einen Antrag auf Arbeitslosengeld. Ausweislich seiner Unterschrift auf dem Antrag auf Arbeitslosengeld erhielt er in diesem Zusammenhang das Merkblatt 1 für Arbeitslose und nahm von dessen Inhalt Kenntnis.

Hierin heißt es auf Seite 19:

"Um Anspruch auf Arbeitslosengeld zu haben, müssen Sie für Vermittlungsbemühungen Ihrer Agentur für Arbeit zur Verfügung stehen. Sie müssen

1. persönlich für Ihre Agentur für Arbeit an jedem Werktag unter der von Ihnen benannten Anschrift erreichbar sein und die Agentur für Arbeit auch täglich aufsuchen können. Wenn Sie dennoch beabsichtigen, sich vorübergehend unter einer anderen Anschrift aufzuhalten, benachrichtigen Sie die Agentur für Arbeit rechtzeitig, möglichst innerhalb von einer Woche vor der geplanten Ortsabwesenheit/Reise. Sie wird Sie informieren, ob und unter welcher Bedingung ein leistungsunschädlicher Aufenthalt möglich ist. Verreisen Sie ohne vorherige Unterrichtung und Zustimmung Ihrer Agentur für Arbeit, wird die Bewilligung der Leistung rückwirkend vom Reisebeginn an aufgehoben (vgl. die Hinweise zur Erstattungspflicht in Abschnitt 8.3). Nähere Informationen enthält das Faltblatt "Wissenswertes zum Thema Umzug und Reisen".

Mit Bescheid vom 21.05.2012 bewilligte die Beklagte dem Kläger Arbeitslosengeld für den Zeitraum vom 01.04.2012 bis zum 30.03.2013 in Höhe eines täglichen Leistungsbetrages von EUR 50,03.

In einem Beratungsvermerk der Mitarbeiterin der Beklagten, Frau XXX, über ein Gespräch mit dem Kläger am 01.06.2012 heißt es: "Hat Interesse an einer XXX-Weiterbildung im Bereich Schweißen oder als CNC-Maschinen- und Systembediener. Start im Juni bzw. Juli, hier möchte er in den Urlaub fahren v. 09.07.- 29.07.2012. Hingewiesen, dass dann eine Weiterbildung/Umschulung nicht möglich ist und dass OAW 1 Woche vor Antritt angemeldet werden muss."

Der Kläger reiste am 09.07.2012 in die Türkei ab.

Am 16.07.2012 setzte der Kläger sich aus der Türkei telefonisch mit der Beklagten in Verbindung. Frau XXX von der Beklagten erstellte diesbezüglich nachfolgenden Telefonvermerk:

"Anrufer wünscht einen Rückruf durch Hauptbetreuer aus folgendem Grund: Kunde hat Schreiben bekommen bzgl. Kürzungen der Leistungen, weil er zu Terminen nicht erschienen ist. Der Kunde hatte am 11.07.12 und 18.07.12 jeweils einen Termin. Der Kunde ist vom 10.07.2012 bis 30.07.12 im Urlaub (Türkei). Kunde wünscht den Rückruf auf Mobil. Kunden mitgeteilt, dass der AV entscheidet bzgl. des RR in die Türkei. Sollte kein RR erfolgen, dem Kunden mitgeteilt, sich am 31.07.2012 pers. in der zuständigen AA zu melden. OAW ist im

Lebenslauf ersichtlich jedoch nicht in der Kundenhistorie. Wiedervorlage auf Hauptbetreuer gesetzt."

Ein weiterer Vermerk ebenfalls vom 16.07.2012 besagt: "Kein RR, da Kunde sich im Ausland befindet. OAW wurde nicht genehmigt, daher Abmeldung wegen mangelnder Verfügbarkeit, Info an EZ zwecks Erledigung Kolibri."

Am 17.07.2012 meldete der Kläger sich erneut telefonisch bei der Beklagten. Herr XXX von der Beklagten erstellte diesbezüglich folgenden Verbis-Vermerk:

"Kd. meldet sich wg. OAW 1007-300712 zurück (vgl. Vermerke 160712). Kd. auf Abmeldung zum 100712 wg. ungenehmigter OAW hingewiesen. Kd. hat neA am 030712 OAW im SC beantragt und genehmigt bekommen. Kein entsprechender Vermerk ersichtlich. Kd hat neA Zeugen für TK. Lt. SC-Vermerk 160712 war Zeitraum d. OAW im LL eingetragen. Kd. auf erneut notwendige pV zur Alome. mit gültigem Pass und aktueller Meldebescheinigung am Tag d. Rückkehr hingewiesen. Kd. mitgeteilt, dass Alt weiterbewilligt werden kann, nach aktuellen Sachstand erst ab Tag d. erneuten Aloe. Kd. will bei pV auch Sachstand OAW klären."

Mit Bescheid vom 17.07.2012 hob die Beklagte die an den Kläger gerichtete Bewilligung von Arbeitslosengeld für den Zeitraum ab dem 10.07.2012 auf.

Am 30.07.2012 meldete der Kläger sich persönlich bei der Beklagten zurück. Er führte hierbei erneut aus, dass er am 03.07.2012 im Servicecenter der Beklagten angerufen habe und seine Ortsabwesenheit im Zeitraum vom 10.07.2012 bis zum 30.07.2012 mitgeteilt habe. In diesem Zusammenhang sei er nach seinem Namen, seiner Kundennummer, seiner Telefonnummer und seiner Adresse gefragt worden. Ihm sei mitgeteilt worden, dass er nicht mehr persönlich zu erscheinen brauche, weil seine Ortsabwesenheit aufgenommen worden sei, und man habe ihm einen schönen Urlaub gewünscht. Er kündigte an, eine Auflistung der Telefonate aus dem Monat Juli 2012 zu besorgen und das Telefonat nachzuweisen.

Ebenfalls am 30.07.2012 beantragte der Kläger erneut Arbeitslosengeld. Mit Bescheid vom 03.08.2012 gewährte die Beklagte dem Kläger Arbeitslosengeld für den Zeitraum vom 30.07.2012 bis zum 19.04.2013.

Bereits am 02.08.2012 hatte der Kläger gegen den Aufhebungsbescheid vom 17.07.2012 Widerspruch erhoben. Zur Begründung des Widerspruchs wiederholte er, dass er am 03.07.2012 in der Agentur für Arbeit Plettenberg angerufen habe, um nachzufragen, welche Dokumente er für die Anmeldung seines dreiwöchigen Urlaubs mitbringen müsse. Dort sei ihm gesagt worden, dass er nicht zu erscheinen brauche, weil die Angelegenheit auch telefonisch geregelt werden könne. Auf seine Anregung, doch lieber persönlich zu erscheinen, sei ihm mitgeteilt worden, dass der Anruf völlig ausreichend sei. Seine Ehefrau XXX und deren Freundin XXX hätten das Gespräch mitgehört. Außerdem habe er nunmehr eine Liste seiner ausgegangenen Anrufe für den Monat Juli 2012 angefordert.

Am 21.08.2012 teilte der Kläger der Beklagten telefonisch mit, dass sein Anbieter keinen Einzelbindungsnachweis erteilen könne. Er habe mit einer jungen Dame gesprochen, deren Namen er nicht benennen könne.

Mit Widerspruchsbescheid vom 22.08.2012 wies die Beklagte den Widerspruch des Klägers zurück. Der Anspruch des Klägers auf Arbeitslosengeld sei ab dem 10.07.2012 entfallen, weil dieser ab diesem Zeitpunkt nicht mehr im Sinne des 138 Abs.5 Nr.2 SGB III den Vermittlungsbemühungen der Agentur für Arbeit zur Verfügung gestanden habe und damit keine Arbeitslosigkeit im Sinne von [§ 138 Abs.1 SGB III](#) mehr vorgelegen habe. Eine Zustimmung zur Ortsabwesenheit des Klägers im Sinne von § 3 Abs.1 der Anordnung des Verwaltungsrats der Bundesanstalt für Arbeit zur Pflicht des Arbeitslosen, Vorschlägen des Arbeitsamtes zur beruflichen Eingliederung zeit- und ortsnah Folge leisten zu können (EAO), liege nicht vor. Das vom Kläger vorgetragene Telefonat sei nicht feststellbar und dieser könne auch keine diesbezüglichen Nachweise vorlegen. Zudem sei die vom Kläger vorgetragene "Anmeldung" des Urlaubs nicht ausreichend gewesen. Vielmehr sei vor der erforderlichen Zustimmung seitens der Beklagten zu prüfen gewesen, ob die Vermittlungsbemühungen zugunsten des Klägers durch die Ortsabwesenheit beeinträchtigt würden. Die Beklagte könne ihre Aufhebung sowohl auf die [§ 48 Abs.1 Satz 1, 48 Abs.1 Satz 2 Nr.4 SGB X](#) stützen. Der Kläger sei zunächst seiner durch [§ 60 Abs.1](#) des Ersten Buchs Sozialgesetzbuchs (SGB I) normierten Mitteilungspflicht nicht nachgekommen. Weiter habe er ohne Weiteres erkennen müssen, dass sein Anspruch mit dem 10.07.2012 entfallen sei. Ausreichende Informationen ergäben sich aus dem dem Kläger ausgehändigten Merkblatt 1 der Beklagten.

Am 21.09.2012 hat der Kläger Klage erhoben.

Er trägt ergänzend vor, dass seine Beraterin ihm mitgeteilt habe, dass der von ihm beabsichtigte Urlaub grundsätzlich kein Problem sei, er aber vorher erscheinen solle, um den Urlaub konkret zu regeln. Als er die Nebenstelle der Agentur für Arbeit in Werdohl aufgesucht habe, sei diese aber geschlossen gewesen. Den geschilderten Telefonanruf habe er in der Folge vorgenommen. Sofern die Beklagte bei ihr eingehende Telefonanrufe nicht dokumentiere, gehe das zu ihren Lasten. Seine Ehefrau habe das von ihm geführte Telefongespräch in allen Einzelheiten über den eingeschalteten Lautsprecher des Telefons mitverfolgt. Auf Nachfrage des Gerichts hat der Kläger im Termin zur mündlichen Verhandlung am 18.08.2014 mitgeteilt, dass er seiner Gesprächspartnerin nicht mitgeteilt habe, dass eine dritte Person das Gespräch mithöre. Der Kläger beantragt,

den Bescheid vom 17.07.2012 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 22.08.2012 aufzuheben, hilfsweise, die Sache zu vertagen und die Zeugin XXX in einem weiteren Termin zur mündlichen Verhandlung zum Beweisthema "Anruf des Klägers bei der Beklagten am 03.07.2012" zu vernehmen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie bezieht sich maßgeblich auf ihren Vortrag im Verwaltungsverfahren.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf die Gerichts- und Verwaltungsakten verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Klage ist unbegründet.

Der angefochtene Bescheid der Beklagten vom 17.07.2012 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 22.08.2012 ist nicht rechtswidrig und verletzt den Kläger nicht in seinen Rechten ([§ 54 Abs.2 Satz 1 SGG](#)). Zu Recht hat die Beklagte mit diesem Bescheid die dem Kläger erteilte Bewilligung von Arbeitslosengeld für den Zeitraum ab dem 10.07.2012 aufgehoben.

Die Beklagte kann diese Aufhebung auf die [§§ 48 Abs.1 Satz 1, 48 Abs.1 Satz 2 Nr.4 SGB X](#) stützen. Gemäß [§ 48 Abs.1 Satz 1 SGB X](#) ist der Verwaltungsakt mit Wirkung für die Zukunft aufzuheben, soweit in den tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen, die beim Erlass eines Verwaltungsaktes mit Dauerwirkung vorgelegen haben, eine wesentliche Änderung eintritt. Gemäß [§ 48 Abs.1 Satz 2 Nr.4 SGB X](#) soll er mit Wirkung vom Zeitpunkt der Verhältnisse aufgehoben werden, soweit der Betroffene wusste oder nicht wusste, weil er die erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maß verletzt hat, dass der sich aus dem Verwaltungsakt ergebende Anspruch kraft Gesetzes zum Ruhen gekommen oder ganz oder teilweise weggefallen ist.

Zunächst liegt für den Zeitraum ab dem 10.07.2012 die in [§ 48 Abs.1 Satz 1 SGB X](#) normierte Voraussetzung einer wesentlichen Änderung in den tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen vor. Diese wesentliche Änderung besteht darin, dass ab diesem Zeitraum der Kläger nicht mehr im Sinne von [§ 138 Abs.5 Nr.2 SGB III](#) für die Vermittlungsbemühungen der Beklagten verfügbar war. Diese Verfügbarkeit ist aber gemäß [§ 138 Abs.1 SGB III](#) Voraussetzung für die Annahme von Arbeitslosigkeit und damit auch für den Bezug von Arbeitslosengeld.

Verfügbarkeit liegt gemäß [§ 138 Abs.5 Nr.2 SGB III](#) insbesondere nur dann vor, wenn der Erwerbslose Vorschlägen der Agentur für Arbeit zur beruflichen Eingliederung zeit- und ortsnah Folge leisten kann. Im Weiteren werden die Voraussetzungen des [§ 138 Abs.5 Nr.2 SGB III](#) durch die auf der Grundlage von [§ 164 Nr.2 SGB III](#) erlassene EAO konkretisiert.

Gemäß [§ 1 Abs.1 EAO](#) kann Vorschlägen des Arbeitsamtes zur beruflichen Eingliederung zeit- und ortsnah Folge leisten, wer in der Lage ist, unverzüglich

1. Mitteilungen des Arbeitsamtes persönlich zur Kenntnis zu nehmen,&8232;

2. das Arbeitsamt aufzusuchen,

3.mit einem möglichen Arbeitgeber oder Träger einer beruflichen Eingliederungsmaßnahme in Verbindung zu treten und bei Bedarf persönlich mit diesem zusammenzutreffen und 4. eine vorgeschlagene Arbeit anzunehmen oder an einer beruflichen Eingliederungsmaßnahme teilzunehmen. Der Arbeitslose hat deshalb sicherzustellen, dass das Arbeitsamt ihn persönlich an jedem Werktag an seinem Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt unter der von ihm benannten Anschrift (Wohnung) durch Briefpost erreichen kann.

Gemäß [§ 2 EAO](#) kann sich der Arbeitslose vorübergehend auch von seinem Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt entfernen, wenn 1. er dem Arbeitsamt rechtzeitig seine Anschrift für die Dauer der Abwesenheit mitgeteilt hat,&8232; 2. er auch an seinem vorübergehenden Aufenthaltsort die Voraussetzungen des [§ 1 Abs. 1](#) erfüllen kann und 3. er sich im Nahbereich des Arbeitsamtes aufhält. Zum Nahbereich gehören alle Orte in der Umgebung des Arbeitsamtes, von denen aus der Arbeitslose erforderlichenfalls in der Lage wäre, das Arbeitsamt täglich ohne unzumutbaren Aufwand zu erreichen.

Eine Ausnahme zu den Anforderungen der [§§ 1,2 EAO](#) normiert [§ 3 Abs.1 EAO](#). Hier heißt es: "Erfüllt der Arbeitslose nicht die Voraussetzungen des [§ 2 Nrn. 1 bis 3](#), steht dies der Verfügbarkeit bis zu drei Wochen im Kalenderjahr nicht entgegen, wenn das Arbeitsamt vorher seine Zustimmung erteilt hat. In den ersten drei Monaten der Arbeitslosigkeit soll das Arbeitsamt die Zustimmung nur in begründeten Ausnahmefällen erteilen. Die Zustimmung darf jeweils nur erteilt werden, wenn durch die Zeit der Abwesenheit die berufliche Eingliederung nicht beeinträchtigt wird."

Der Kläger erfüllte während seines Aufenthalts in der Türkei zunächst nicht die Voraussetzungen des [§ 1 Abs.1 EAO](#). Er konnte die dort dargestellten Voraussetzungen, insbesondere die Möglichkeit, die Beklagte unverzüglich aufzusuchen oder unverzüglich mit einem Arbeitgeber oder Träger einer beruflichen Eingliederungsmaßnahme zusammenzutreffen, in diesem Zeitraum nicht erfüllen. Eine die Verfügbarkeit des Klägers fingierende Zustimmung zur Ortsabwesenheit liegt nach dem von der Kammer zugrundezulegenden Sachverhalt nicht vor. Eine Zustimmung ergibt sich zunächst nicht aus dem von der Beklagten gefertigten Vermerk über ein Gespräch des Klägers mit seiner Arbeitsvermittlerin Frau XXX am 01.06.2012. Zwar hat der Kläger nach dem zur Akte genommenen Verbis-Vermerk darauf hingewiesen, dass er im Zeitraum vom 09.07.2012 bis zum 29.07.2012 in den Urlaub fahren wolle. Eine Zustimmung ergibt sich aus diesem Vermerk jedoch gerade nicht. Vielmehr ist hiernach zwischen dem Kläger und Frau XXX besprochen worden, dass die vom Kläger grundsätzlich anvisierten Weiterbildungsmaßnahmen im Juni beziehungsweise Juli 2013 beginnen sollten und ein solcher Beginn bei einer Urlaubsabwesenheit des Klägers im Juli 2012 nicht möglich sei. Jedenfalls müsse eine Ortsabwesenheit noch eine Woche vor ihrem Antritt angemeldet werden.

Aus den vom Kläger am 16.07.2012 und am 17.07.2012 mit der Beklagten geführten Telefonaten ergibt sich eine Zustimmung bereits deshalb nicht, weil diese gemäß [§ 3 Abs.1 EAO](#) nur "vorher" (also vor Beginn der Ortsabwesenheit) erteilt werden kann. Zudem ist den gefertigten Telefonvermerken auch keine nachträgliche Zustimmung der Beklagten zur Ortsabwesenheit des Klägers zu entnehmen. Vielmehr wurde der vom Kläger erbetene Rückruf seines Arbeitsvermittlers in dem Gespräch am 16.07.2012 von dessen weiterer Entscheidung abhängig gemacht. Im weiteren Telefongespräch vom 17.07.2012 ist dem Kläger nach dem Stand der Akte ausdrücklich verdeutlicht worden, dass die Beklagte von einer ungenehmigten Ortsabwesenheit ausging und den Kläger aus diesem Grund aus dem Leistungsbezug "abgemeldet" hatte.

Weiter kann der Entscheidung der Kammer nicht eine vom Kläger vorgetragene telefonische Zustimmung zu seiner Ortsabwesenheit am

03.07.2012 zugrundegelegt werden. Diese von der Beklagten ausdrücklich bestrittene Zustimmung ließ sich nach den der Urteilsfindung zugrundeliegenden Sachverhaltsermittlungen nämlich nicht nachweisen; auch ein Nachweis durch weitere Sachverhaltsermittlungen im Sinne des von ihm gestellten Hilfsantrags wäre - wie noch weiter auszuführen ist - zur Überzeugung der Kammer nicht möglich gewesen.

Dieses Beweisergebnis geht zur Überzeugung der Kammer zu Lasten des Klägers. Zwar ist im Rahmen eines Aufhebungsverfahrens grundsätzlich die Behörde hinsichtlich der Voraussetzungen einer Aufhebung beweisbelastet. Ob diese Beweislastverteilung auch für die Negativtatsache der fehlenden Zustimmung der Beklagten zur Ortsabwesenheit des Klägers gilt (so wohl für die Negativtatsache der fehlenden Mitteilung eines Wohnortwechsels im Rahmen von [§ 48 Abs.1 Satz 2 Nr.2 SGB X](#) Hessisches LSG, Urteil vom 20.01.2011, [L 7 AL 209/10 ZVV](#) - juris (Rdnr.17 ff.)) oder ob der Kläger diesen für ihn günstigen und zur Fiktion der Verfügbarkeit führenden Ausnahmetatbestand nachzuweisen hat (grds. zur Beweislastverteilung nach den Maßstäben des materiellen Rechts BSG, Urteil vom 26.11.1992, 7 Rar 38/92 - juris (Rdnr.23)), kann zur Überzeugung der Kammer aber dahinstehen. Auch sofern man die Beweislast auch diesbezüglich der Beklagten auferlegt, ergibt sich im vorliegenden Fall nämlich ein Beweis des ersten Anscheins für eine fehlende Zustimmung zur Ortsabwesenheit des Klägers, der zur Überzeugung der Kammer nicht durch weitere Sachverhaltsermittlungen entkräftet werden kann. Ein solcher Beweis des ersten Anscheins ergibt sich aus einem aus der Lebenserfahrung beruhenden Schluss, dass gewisse typische Sachverhalte regelmäßig bestimmte Folgen auslösen (LSG Berlin, Urteil vom 04.04.2003, [L 10 AL 96/01](#) - juris (Rdnr.26); LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 29.04.2014, [L 18 KN 120/12](#) - juris (Rdnr.27)). Zur Überzeugung des Gerichts wäre es jedoch die typische Folge einer telefonisch erteilten Zustimmung zur Ortsabwesenheit eines Empfängers von Arbeitslosengeld, dass der Zustimmende diese durch einen Vermerk (insbesondere im Verbis-System der Beklagten) dokumentiert. Die Zustimmung zur Ortsabwesenheit ist nämlich für die Aufrechterhaltung des Anspruchs auf Arbeitslosengeld maßgeblich und damit rechtserheblich. Sie darf nur erteilt werden, wenn durch die Zeit der Abwesenheit die berufliche Eingliederung nicht beeinträchtigt wird. Sie setzt also in jedem Fall eine Prüfung der Vermittlungssituation des Arbeitslosen voraus und kann nicht "ohne Weiteres" erfolgen. Dies galt insbesondere im vorliegenden Fall, weil die Zustimmung in den ersten drei Monaten (die Arbeitslosmeldung des Klägers war am 09.05.2012 erfolgt) der Arbeitslosigkeit gemäß § 3 Abs.1 Satz 2 EAO nur in Ausnahmefällen erteilt werden soll. Im vorliegenden Fall kam weiter hinzu, dass gemäß dem Vermerk vom 01.06.2012 für den Monat Juli 2012 eine Weiterbildung des Klägers in Betracht kam. Gleichwohl finden sich in der Verwaltungsakte der Beklagten keinerlei Anhaltspunkte für ein Telefongespräch des Klägers mit der Beklagten am 03.07.2012 und damit auch nicht für eine an diesem Tag telefonisch erteilte Zustimmung zur Ortsabwesenheit. Auch aus dem weiteren Ablauf der Akte ergeben sich keine Hinweise darauf, dass ein wie auch immer gearteter telefonischer Kontakt des Klägers mit der Beklagten am 03.07.2012 stattgefunden hat. Im Telefonvermerk vom 17.07.2012 heißt es ausdrücklich, dass kein Vermerk über ein früheres Gespräch des Klägers vom 03.07.2012 vorliege.

Die Möglichkeit weiterer Sachverhaltsermittlungen, die zum Nachweis der vom Kläger vorgetragene Zustimmung führen konnten, sah die Kammer nicht. Der Kläger konnte die Mitarbeiterin der Beklagten, die ihm gemäß seinem Vortrag eine Zustimmung zu der von ihm geplanten Ortsabwesenheit erteilt hatte, nicht benennen. Weiter sah die Kammer sich nicht veranlasst, den Sachverhalt durch eine Vernehmung der Ehefrau des Klägers, Frau XXX, weiter aufzuklären. Eine solche Vernehmung hätte nur dann zum Nachweis einer dem Kläger erteilten Zustimmung führen können, wenn Frau XXX glaubhaft ausgesagt hätte, dass die vom Kläger in Bezug genommene Mitarbeiterin der Beklagten eine Erklärung abgegeben hat, die vom Horizont eines verständigen Empfängers im Sinne von [§§ 133, 157](#) des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) als Zustimmung zur Ortsabwesenheit gemäß § 3 Abs.1 EAO gewertet werden konnte. Hierfür hätte Frau XXX zur Überzeugung der Kammer die Erklärungen der Mitarbeiterin wiedergeben müssen; die bloße Schilderung von Reaktionen des Klägers auf die Aussagen eines telefonischen Gesprächspartners wäre für den Nachweis einer Zustimmung dagegen nicht ausreichend gewesen.

Zwar hat der Kläger vorgetragen, dass seine Ehefrau das von ihm genannte Telefongespräch über den eingeschalteten Lautsprecher seines Telefons mitgehört habe. Da der Kläger seine Gesprächspartnerin - wie er auf Nachfrage der Kammer ebenfalls mitgeteilt hat - jedoch nicht hierüber unterrichtet und damit auch nicht deren Zustimmung zum Mithören des Telefongesprächs durch einen Dritten erhalten hat, wäre eine diesbezügliche Aussage der Frau XXX nicht verwertbar gewesen. Sowohl die Vernehmung der Zeugin Güzel über von ihr mitgehörte telefonische Äußerungen der vom Kläger nicht näher benannten Mitarbeiterin der Beklagten als auch die Verwertung dieser Aussage hätte das durch Art.2 Abs.1 i. V.m. Art.1 Abs.1 des Grundgesetzes (GG) geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht dieser Mitarbeiterin verletzt.

Das Bundesverfassungsgericht hat sich in seinen Beschlüssen vom 09.10.2002, [1 BvR 1611/96](#); [1 BvR 805/98](#) - juris umfänglich mit der Fragestellung der Verwertung von Zeugenaussagen über den Inhalt von Telefongesprächen, die von den Zeugen über eine Mithörrichtung mit Wissen nur eines der Gesprächspartner mitverfolgt worden waren, auseinandergesetzt (hierauf Bezug nehmend für den Zivilprozess u.a. BGH, Urteil vom 18.02.2003, [XI ZR 165/02](#) - juris (Rdnr.14); BGH, Urteil vom 17.02.2010, [VIII ZR 70/07](#) - juris (Rdnr.28), die Rechtsfrage für das sozialgerichtliche Verfahren mangels Entscheidungserheblichkeit offenlassend LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 17.07.2014, [L 16 KR 429/13](#) - juris (Rdnr.43).

In den Beschlüssen des Bundesverfassungsgerichts heißt es in den Rdnrn. 32,33 (juris):

"In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist anerkannt, dass das Grundgesetz neben dem Recht am eigenen Bild auch das Recht am gesprochenen Wort schützt (vgl. [BVerfGE 34, 238](#) (246 f.); [54, 148](#) (154)). Dieses gewährleistet die Selbstbestimmung über die eigene Darstellung der Person in der Kommunikation mit anderen (vgl. [BVerfGE 54, 148](#) (155)). Der Schutz umfasst die Möglichkeit, sich in der Kommunikation nach eigener Einschätzung situationsangemessen zu verhalten und sich auf die jeweiligen Kommunikationspartner einzustellen. Zum Grundrecht gehört die Befugnis selbst zu bestimmen, ob der Kommunikationsinhalt einzig dem Gesprächspartner, einem bestimmten Personenkreis oder der Öffentlichkeit zugänglich sein soll (vgl. [BVerfGE 54, 148](#) (155) unter Bezugnahme auf [BGHZ 27, 284](#) (286); vgl. auch [BAGE 41, 37](#) (42) sowie - unter Anschluss an diese Entscheidung - BGH, [NJW 1991, S. 1180](#)). Das Selbstbestimmungsrecht erstreckt sich also auf die Auswahl der Personen, die Kenntnis vom Gesprächsinhalt erhalten sollen. Dieses Selbstbestimmungsrecht findet einen Ausdruck in der Befugnis des Menschen, selbst und allein zu entscheiden, ob sein Wort auf einen Tonträger aufgenommen und damit möglicherweise Dritten zugänglich werden soll, womit Wort und Stimme von dem Kommunikationsteilnehmer losgelöst und in einer für Dritte verfügbaren Gestalt verselbständigt werden (vgl. grundlegend [BVerfGE 34, 238](#) (246 f.); [BGHZ 27, 284](#)). Menschliche Kommunikation soll durch das Grundrecht dagegen geschützt sein, dass die Worte - eine vielleicht unbedachte oder unbeherrschte Äußerung, eine bloß vorläufige Stellungnahme im Rahmen eines sich entfaltenden Gesprächs oder eine nur aus einer besonderen Situation heraus verständliche Formulierung - bei anderer Gelegenheit und in anderem Zusammenhang hervorgeholt werden, um durch Inhalt, Ausdruck oder Klang gegen den Sprechenden zu zeugen." Schutz besteht in diesem Zusammenhang nicht nur vor der heimlichen Aufnahme von Gesprächen, sondern

auch davor, dass ein Kommunikationspartner ohne Kenntnis des anderen eine dritte Person als Zuhörer in das Gespräch mit einbezieht oder die unmittelbare Kommunikationsteilnahme durch den Dritten gestattet (BVerfG, a.a.O., juris (Rdnr.34)).

Im Hinblick darauf, dass der Schutz des gesprochenen Wortes grundsätzlich unabhängig vom Inhalt des von den Partnern des Telefonats geführten Gesprächs ist, führt das Bundesverfassungsgericht in den Rdnrn. 36/37 (juris) der vorgenannten Beschlüsse aus: "Demgegenüber ist der Schutz des Rechts am gesprochenen Wort nicht auf bestimmte Inhalte und Örtlichkeiten begrenzt, sondern bezieht sich allein auf die Selbstbestimmung über die unmittelbare Zugänglichkeit der Kommunikation, also etwa über die Herstellung einer Tonaufnahme oder die Kommunikationsteilnahme einer dritten Person. Der Schutz des Rechts am gesprochenen Wort hängt weder davon ab, ob es sich bei den ausgetauschten Informationen um personale Kommunikationsinhalte oder gar besonders persönlichkeitsensible Daten handelt, noch kommt es auf die Vereinbarung einer besonderen Vertraulichkeit der Gespräche an. Vielfach lässt sich nicht vorhersehen, in welche Richtung ein Gespräch verläuft. So kann eine Unterhaltung, die sich zunächst auf nicht besonders geheimhaltungsbedürftige geschäftliche Dinge beschränkt, in ein persönliches Gespräch übergehen oder ein persönliches in ein geschäftliches mit sensiblen Inhalten. Dem Gespräch einen neuen Verlauf geben zu können, ohne die eigene Unbefangenheit in der Kommunikation verlieren zu müssen, ist vom Selbstbestimmungsrecht der Kommunikationsteilnehmer umfasst. Dieses Selbstbestimmungsrecht soll den Sprecher auch befähigen, sich auf mögliche Folgen der Kommunikation einzustellen. Wäre ihm etwa bewusst, dass ein Dritter zuhört, so dass bei einer anschließenden rechtlichen Auseinandersetzung ein Beweismittel zur Verfügung steht (vgl. BGH, [NJW 1970, S. 1848](#); NJW 1991, S.1180; [BAGE 41, 37](#)), könnte der Sprecher vor dem Hintergrund einer andernfalls bestehenden eigenen Beweislosigkeit entscheiden, jedwede Äußerung von rechtlicher Relevanz zu unterlassen. Er könnte sich auch um einen behutsameren Gebrauch solcher Formulierungen bemühen, die unter Umständen beweisheblich werden. Oder er könnte seinerseits dafür sorgen, über ein eigenes Beweismittel zu verfügen. Solche Möglichkeiten, sich am jeweiligen Kommunikationspartner auszurichten und sich im Hinblick auf die eigenen Kommunikationsinteressen situationsangemessen zu verhalten, werden ihm genommen, wenn nicht in seiner Entscheidung steht, wer die Kommunikationsinhalte unmittelbar wahrnehmen kann."

Nach diesen Maßgaben war es zur Überzeugung der Kammer unerheblich, dass die vom Kläger angegebene Gesprächspartnerin - seinen Vortrag unterstellt - das Telefongespräch in ihrer Funktion als Mitarbeiterin der Beklagten geführt hat und allein über Themen gesprochen hat, die ihren dienstlichen Bereich betrafen. Auch in diesem Zusammenhang bedurfte sie eines Schutzes dagegen, dass "eine vielleicht unbedachte oder unbeherrschte Äußerung, eine bloß vorläufige Stellungnahme im Rahmen eines sich entfaltenden Gesprächs oder eine nur aus einer besonderen Situation heraus verständliche Formulierung - bei anderer Gelegenheit und in anderem Zusammenhang hervorgeholt werden, um durch Inhalt, Ausdruck oder Klang gegen den Sprechenden zu zeugen." Auch - und gerade - in diesem Zusammenhang bedurfte sie überdies der Fähigkeit, sich auf mögliche Folgen der Kommunikation einzustellen, gegebenenfalls eine erhöhte Vorsicht bei Äußerungen mit rechtlicher Relevanz walten zu lassen oder sich ihrerseits Beweismittel zu sichern. Überdies bestand auch hier die Möglichkeit, dass das Gespräch, das zunächst einen rein "dienstlichen" Inhalt hatte, in ein solches überging, das auch persönliche Elemente enthielt.

Eine Einwilligung der Gesprächspartnerin des Klägers lag nicht vor. Der Kläger selbst hat erklärt, dass er seine Gesprächspartnerin nicht darüber informiert hat, dass seine Ehefrau das Telefonat mithöre. Auch von einer konkludenten Einwilligung ist nicht auszugehen. Das Bundesverfassungsgericht hat die Voraussetzung einer stillschweigenden Einwilligung in den vorab zitierten Beschlüssen (Rdnrn. 50-52-juris) wie folgt dargestellt:

"Die Annahme einer stillschweigenden Einwilligung in das Mithören erfordert insoweit entsprechende Feststellungen der Gerichte, die sie unter hinreichender Berücksichtigung des grundrechtlich geschützten Selbstbestimmungsrechts der Gesprächsteilnehmer zu bewerten haben. Aus der tatsächlichen Verbreitung eines bestimmten Verhaltens in Verbindung mit dem Fehlen eines vorsorglichen Widerspruchs allein kann die konkludente Einwilligung des davon nachteilig Betroffenen nicht geschlossen werden (vgl. die Rechtsprechung zu der Problematik einer konkludenten Einwilligung in eine Telefonwerbung BGH, [NJW 1989, S. 2820](#); [JZ 1990, S. 251](#); OLG Köln, [NJW-RR 1993, S. 753](#)). Es hätte daher auch der Feststellung bedurft, dass in den jeweils beteiligten Kreisen das Unterbleiben eines Widerspruchs auf Grund einer Verkehrssitte als stillschweigende Einwilligung gedeutet wird. Das bloße faktische Verbreitetsein von Mithöreinrichtungen rechtfertigt nicht einmal den Schluss auf deren allgemeine Nutzung zum Mithören durch Dritte. Die an den Telefongeräten angebrachten Mithöreinrichtungen (Lautsprecher oder Zweithörer) dienen unterschiedlichen Zwecken. So begründen sie eine technische Option für die Gesprächsteilnehmer, den Kreis der Kommunikationspartner zu erweitern. Daneben kann die Lautsprecherfunktion aber auch dazu genutzt werden, während des Telefonierens beide Hände frei zu haben, um sich Notizen zu machen oder in Unterlagen zu blättern, ohne das Gespräch unterbrechen zu müssen. Ob dafür geeignete Einrichtungen üblicherweise zum Mithören Dritter ohne Kenntnis des Gesprächspartners eingesetzt werden, haben die Gerichte in den Ausgangsverfahren nicht festgestellt. Aber selbst wenn das heimliche Mithören in bestimmten Bereichen, beispielsweise im Geschäftsverkehr, faktisch häufig oder gar weitgehend üblich sein sollte, reichte dies nicht, um das Fehlen der Einwilligung in das Mithören deshalb als unerheblich anzusehen, weil der Gesprächspartner nicht widersprochen hat. Aus dem Umstand allein, dass jemand von einer Mithörmöglichkeit Kenntnis hat, folgt jedenfalls nicht notwendig, dass er mit einem tatsächlichen Mithören auch rechnet und zugleich stillschweigend einverstanden ist (vgl. auch [BVerfGE 85, 386](#) (398) zu der vergleichbaren Problematik im Fernmeldeverkehr). Dies gilt auch, wenn ein Gespräch zunächst von einer anderen Person entgegengenommen und dann an den maßgebenden Gesprächspartner weitergereicht wird. In solchen Fällen ist schon zweifelhaft, ob es üblich ist, dass die zuerst eingeschaltete Person weiter mithört." Nach Auffassung der Kammer kann es überdies auch nicht als allgemeinüblich oder sozialadäquat angesehen werden, dass bei Telefonaten zwischen Leistungsempfängern und Mitarbeitern der Beklagten eine dritte Person "heimlich" mithört, so dass ohne ausdrücklichen Widerspruch des Kommunikationspartners von dessen stillschweigender Einwilligung ausgegangen werden könnte (vgl. hierzu BVerfG, a.a.O., Rdnr. 53).

Die durch eine Vernehmung der Zeugin XXX hinsichtlich des Telefongesprächs gezeitigte Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Mitarbeiterin der Beklagten wäre auch nicht gerechtfertigt gewesen. Eine entsprechende Rechtfertigung kommt insbesondere im Strafprozess bei der Verfolgung besonders schwerer Straftaten, darüberhinaus auch beim Bestehen eines Notwehrrechts und bei kriminellen Angriffen auf die berufliche Existenz eines Verfahrensbeteiligten in Betracht (BVerfG, a.a.O., Rdnr.62-64). Eine vergleichbare Situation ist hier nicht ersichtlich. Da durch eine Vernehmung der Zeugin XXX und ihre Verwertung eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der nicht näher genannten Mitarbeiterin der Beklagten eingetreten wäre, kann die Frage dahinstehen, ob auch die Beklagte als juristische Person des öffentlichen Rechts Trägerin des allgemeinen Persönlichkeitsrechts sein und sich hierauf berufen kann (vgl. zur Frage der Grundrechtsbindung und -verpflichtung gemischtwirtschaftlicher Unternehmen BVerfG, Urteil vom 22. Februar 2011 - [1 BvR 699/06](#) -, [BVerfGE 128, 226-278](#) - juris). Die Bewilligung des Klägers konnte auch für den Zeitraum ab der Änderung der Verhältnisse -

mithin ab dem 10.07.2012 - aufgehoben werden.

Die Voraussetzungen des [§ 48 Abs.1 Satz 2 Nr.4 SGB X](#) lagen vor. Der Kläger musste den Wegfall seines Anspruchs für den Zeitraum ab dem 10.07.2012 ohne Weiteres kennen, so dass ihn diesbezüglich zumindest eine grob fahrlässige Unkenntnis trifft. Das Merkblatt 1 der Beklagten weist in der im Tatbestand zitierten Textpassage unmissverständlich daraufhin, dass für die Annahme einer leistungsunschädlichen Ortsabwesenheit nicht nur eine Anmeldung bei der Beklagten, sondern auch deren Zustimmung zur Ortsabwesenheit erforderlich war. Dass eine Prüfung der Voraussetzungen für eine Zustimmung unter Gesichtspunkten der Arbeitsvermittlung erforderlich war, ergab sich um so mehr daraus, dass die Auswirkungen einer Ortsabwesenheit des Klägers auf eine von ihm grundsätzlich anvisierte Weiterbildungsmaßnahme Gegenstand des Gesprächs mit seiner Arbeitsvermittlerin am 01.06.2012 waren. Auch bei zweideutigen Aussagen einer telefonischen Gesprächspartnerin, die über die Auswirkungen einer Ortsabwesenheit des Klägers auf seine Vermittlungschancen gar nicht befinden konnte, wäre der Kläger gehalten gewesen, sich nochmals bei der Beklagten - ggf. im Rahmen einer persönlichen Vorsprache - zu erkundigen. Jedenfalls nach den Telefonaten mit der Beklagten am 16.07.2012 und am 17.07.2012 war dem Kläger überdies positiv bewusst, dass die Beklagte von einer ungenehmigten Ortsabwesenheit ausging.

Die Beklagte war aufgrund der Vorschrift des [§ 330 Abs.3 Satz 1 SGB III](#) von der Ermessensausübung entbunden.

Die Kostenentscheidung folgt aus [§ 193 SGG](#).

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2014-10-01