
S 10 AL 3/02

Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

Land	Freistaat Bayern
Sozialgericht	Bayerisches Landessozialgericht
Sachgebiet	Arbeitslosenversicherung
Abteilung	11
Kategorie	Urteil
Bemerkung	-
Rechtskraft	-
Deskriptoren	-
Leitsätze	-
Normenkette	-

1. Instanz

Aktenzeichen	S 10 AL 3/02
Datum	18.11.2003

2. Instanz

Aktenzeichen	L 11 AL 18/04
Datum	09.12.2004

3. Instanz

Datum	-
-------	---

- I. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts Würzburg vom 18.11.2003 aufgehoben und die Klage abgewiesen.
II. Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.
III. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Streitig ist die Rücknahme eines Aufhebungs- und Erstattungsbescheides, mit dem die Beklagte die Bewilligung eines Eingliederungszuschusses aufgehoben und 11.758,20 DM zurückgefordert hat.

Die Klägerin beantragte am 22.03.1999 bei der Beklagten einen Eingliederungszuschuss für die Einstellung des Langzeitarbeitslosen Y.H. (H) als Maler und Lackierer. Sie schloss mit diesem am 24.03.1999 mW zum 01.04.1999 einen Arbeitsvertrag, in dem ein Stundenlohn von 23,- DM brutto vereinbart war. Die wöchentliche Arbeitszeit betrug 35 Stunden mit der Verpflichtung, im Rahmen der gesetzlichen Höchstgrenzen Überstunden/Mehrarbeit zu leisten.

Mit Bescheid vom 08.04.1999 bewilligte die Beklagte für die Zeit vom 01.04.1999

bis 31.03.2000 bei erschwerter Vermittlung einen monatlichen Zuschuss in Höhe von 2.351,64 DM (Förderungsatz 50 vH). In den Nebenbestimmungen des Bescheides wies die Beklagte darauf hin, dass der Zuschuss bei Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses während des Förderungszeitraums zurückzahlen sei, es sei denn, die Klägerin sei zur fristlosen Kündigung aus wichtigem Grunde berechtigt. Am 13.10.1999 teilte die Klägerin der Beklagten mit, sie habe das Beschäftigungsverhältnis am 12.10.1999 fristlos gelöst. Sie verwies in diesem Zusammenhang auf die im Kündigungsschreiben vom 12.10.1999 und im Schreiben vom 27.09.1999 genannten Gründe. H habe sich bei einer Unterredung am 08.10.1999 zwar bereit erklärt, Mehrarbeit zu leisten, Samstagsarbeit aber zuletzt am 09.10.1999 verweigert. Im Übrigen sei seine Arbeitsleistung weiterhin mangelhaft. Er sei zu langsam und es fehle ihm die Freude an der Arbeit.

Gegen die Kündigung erhob H Klage zum Arbeitsgericht Würzburg (Az: 9 Ca 1717/99 A). Mit Endurteil vom 06.03.2000 stellte dieses fest, das Arbeitsverhältnis sei durch die Kündigung vom 12.10.1999 nicht beendet worden. Habe die Klägerin H am 08.10.1999 abgemahnt, sei ein mögliches Kündigungsrecht wegen der Verweigerung von Samstagsarbeit verwirkt. Über die Behauptung der Klägerin, H sei am 27.09.1999 abgemahnt worden, habe kein Beweis erhoben werden können, da das Beweisthema nicht hinreichend substantiiert dargelegt worden sei. Im Übrigen seien die im Kündigungsschreiben genannten weiteren Verstöße ebenfalls unsubstantiiert.

Im anschließenden Berufungsverfahren schlossen die Parteien am 17.07.2001 einen gerichtlichen Vergleich. Danach waren sich diese einig, dass das Arbeitsverhältnis aufgrund Aufhebungsvertrags mit dem 30.11.1999 endete, weil es keiner Partei mehr zuzumuten gewesen sei, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen. Die Klägerin zahlte dem H für den Verlust des Arbeitsplatzes eine Abfindung in Höhe von 500,- DM brutto für netto. Die Kosten des Rechtsstreits wurden gegeneinander aufgehoben.

Mit Bescheid vom 16.08.2000 hob die Beklagte die Leistungsbewilligung ab 01.04.1999 ganz auf und forderte von der Klägerin 11.758,20 DM zurück. Gründe für eine außerordentliche Kündigung hätten nicht vorgelegen. Dieser Bescheid wurde rechtsverbindlich. Die Klägerin erstattete den geforderten Betrag.

Am 07.09.2001 beantragte die Klägerin bei der Beklagten unter Berufung auf den vor dem Landesarbeitsgericht geschlossenen Vergleich vom 17.07.2001 die Rückzahlung des Erstattungsbetrages. Eine Rechtsgrundlage für die Rückforderung des Eingliederungszuschusses sei nicht mehr gegeben. Die Beklagte wertete das Begehren als Antrag nach § 44 Sozialgesetzbuch Verwaltungsverfahren (SGB X). Sie lehnte die Rücknahme der Entscheidung vom 16.08.2000 mit Bescheid vom 24.09.2001 ab, denn die im arbeitsgerichtlichen Vergleich enthaltene Feststellung der Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses könne dem Tatbestand des § 223 Abs 2 Satz 2 Nr 1 Sozialgesetzbuch Arbeitsförderung (SGB III) â Recht des Arbeitgebers auf

fristlose Kündigung â nicht gleichgeachtet werden. Den Widerspruch der KlÃ¤gerin wies die Beklagte durch Widerspruchsbescheid vom 30.11.2001 zurÃ¼ck. Es hÃ¤tten keine GrÃ¼nde fÃ¼r eine fristlose Kündigung vorgelegen. Dies ergebe sich aus dem im Vergleich vereinbarten spÃ¤teren Ende des ArbeitsverhÃltnisses (30.11.1999 statt 12.10.1999) und der GewÃ¤hrung einer Abfindung.

Dagegen hat der KlÃ¤ger Klage zum Sozialgericht WÃ¼rzburg (SG) erhoben und zur BegrÃ¼ndung vorgetragen: H habe von der 15. bis 41. Kalenderwoche nur an 5 Samstagen gearbeitet. An den Ã¼brigen Samstagen habe er die Arbeit verweigert. Nach der Abmahnung vom 27.09.1999 sei es wiederholt zu schlampigen Arbeiten gekommen. Auch habe er bei Firmenkunden schwarz gearbeitet.

Die Beklagte entgegnete, der frei ausgehandelte Vergleich sei nicht geeignet, Grundlage einer Entscheidung zu sein. So habe die KlÃ¤gerin, um die RÃ¼ckzahlung der ZuschÃ¼sse abzuwenden, dem H angeboten, alle Nachteile des arbeitsgerichtlichen Vergleichs (zB Sperrzeit) auszugleichen.

Das SG hat F. P. , den frÃ¼heren GeschÃftsfÃ¼hrer der KlÃ¤gerin, uneidlich als Zeugen vernommen. Dieser hat ausgesagt, H habe sich wenigstens 3 bis 4 mal â auch wÃ¤hrend der Auftragsspitzen im Mai 1999 â geweigert, Mehrarbeit zu leisten. In einem Fall sei H von Arbeitern der KlÃ¤gerin beobachtet worden, wie er nach der Ablehnung von Mehrarbeit fÃ¼r einen Kunden der KlÃ¤gerin schwarz gearbeitet habe. Die Schwarzarbeit sei wohl der Hauptgrund fÃ¼r die fristlose Kündigung gewesen.

Mit Urteil vom 18.11.2003 hat das SG die Beklagte unter Aufhebung des Bescheides vom 24.09.2001/Widerspruchsbescheides vom 30.11.2001 verpflichtet, den Bescheid vom 16.08.2000 aufzuheben und den von der KlÃ¤gerin bereits erstatteten Betrag in HÃ¶he von 11.758,20 DM wieder an diese auszus zahlen. Die KlÃ¤gerin sei zur fristlosen Kündigung ohne vorherige Abmahnung berechtigt gewesen, denn H habe am 07./08.10.1999 auf einer Baustelle der KlÃ¤gerin Schwarzarbeiten durchgefÃ¼hrt. Damit sei der Ausnahmetatbestand des [Â§ 223 Abs 2 Satz 2 Nr 1 SGB III](#) erfÃ¼llt.

Gegen dieses Urteil hat die Beklagte Berufung zum Bayer. Landessozialgericht eingelegt und ausgefÃ¼hrt: Weder durch den Zeugen P. habe bewiesen werden kÃ¶nnen, dass H wirksam abgemahnt worden sei, noch sei die behauptete Schwarzarbeit substantiiert dargelegt worden. Das Schreiben vom 27.09.1999 stelle keine Abmahnung dar, weil es an einer konkreten RÃ¼ge fehle. Dem Schreiben sei nÃ¤mlich nicht zu entnehmen, dass H jeden Samstag hÃ¤tte arbeiten mÃ¼ssen und bei Weigerung eine Kündigung ausgesprochen worden wÃ¤re. Die tariflichen Regelungen bestimmten nicht, dass jeden Samstag zu arbeiten sei, sondern lediglich nach entsprechender AnkÃ¼ndigung. Letztere sei ebenfalls nicht bewiesen. Konkret sei nur die Weigerung des H vom 09.10.1999 bekannt. Die behauptete Abmahnung vom 08.10.1999 habe fÃ¼r die Nichtarbeit vom 09.10.1999 ohnehin nicht gleichzeitig KÃ¼ndigungsgrund sein kÃ¶nnen. Hinsichtlich der behaupteten Schwarzarbeit sei die Zeugenaussage unbrauchbar. Seine Aussage, die Schwarzarbeit sei wohl der Grund fÃ¼r die Kündigung gewesen, sei lediglich

eine persönliche Einschätzung des Zeugen P. und keine Tatsache. Der vom Zeugen erwähnte Weigerungsfall sei zeitlich nicht konkretisiert und es sei unbekannt, wer H bei der Schwarzarbeit beobachtet habe. Der Zeuge habe persönlich nichts gesehen.

Die Beklagte beantragt, das Urteil des Sozialgerichts Würzburg vom 18.11.2003 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält das angefochtene Urteil für zutreffend. Auf das Urteil des Arbeitsgerichts Würzburg dürfte nicht abgestellt werden. Dieses sei durch die Einlegung der Berufung nicht rechtskräftig geworden. Auch sei das Sozialgerichtsverfahren anders als der Arbeitsgerichtsprozess durch das Amtsermittlungsprinzip geprägt. Deshalb habe sich das Sozialgericht auf die Aussage des Zeugen P. stützen dürfen, der bestätigt habe, dass H sich mehrfach geweigert habe, Mehrarbeit zu leisten. Bezüglich des Vorwurfs der Schwarzarbeit sei P. zwar nur ein Zeuge vom "Hörensagen". Hierbei handle es sich aber um ein zulässiges Beweismittel.

Zur Ergänzung des Tatbestandes wird auf die beigezogenen Akten der Beklagten, die Akten des Arbeitsgerichts Würzburg und des Landesarbeitsgerichts Nürnberg sowie auf die Gerichtsakten erster und zweiter Instanz Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung der Beklagten ist zulässig ([§§ 143, 144, 151](#) Sozialgerichtsgesetz - SGG -). Sie ist auch begründet, denn das SG hat den Bescheid vom 24.09.2001 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 30.11.2001 zu Unrecht aufgehoben und die Beklagte ebenfalls zu Unrecht zur Aufhebung des Bescheides vom 16.08.2000 verpflichtet.

Soweit sich im Einzelfall ergibt, dass bei Erlass eines Verwaltungsaktes das Recht unrichtig angewandt oder von einem Sachverhalt ausgegangen worden ist, der sich als unrichtig erweist, und soweit deshalb Sozialleistungen zu Unrecht nicht erbracht oder Beiträge zu Unrecht erhoben worden sind, ist der Verwaltungsakt, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, mit Wirkung für die Vergangenheit zurückzunehmen ([§ 44 Abs 1 Satz 1 SGB X](#)). Durch diese Bestimmung werden auch Fälle wie vorliegend Fälle erfasst, in denen der Bürger zwar Sozialleistungen erhalten hat, die Leistungsbewilligung aber nachträglich zurückgenommen und die überzahlte Leistung zurückgefordert worden ist (BSG [SozR 3-1300 § 44 Nr 21](#); Steinwedel in Kasseler Kommentar [§ 44 SGB X](#) RdNr 39; Wiesner in v.Wulffen, SGB X, 4.Aufl, [§ 44](#) RdNr 2).

Zu Recht hat die Beklagte die Rücknahme des Bescheides vom 16.08.2000 abgelehnt, denn es sind von der Klägerin keine neuen Tatsachen oder Beweismittel vorgebracht worden bzw die vorgebrachten Gesichtspunkte liegen

tatsächlich nicht vor.

Die im Bescheid vom 16.08.2000 ausgesprochene Rückzahlungsverpflichtung ergibt sich noch aus [Â§ 223 Abs 2 SGB III](#) idF vom 24.03.1997 â gÃ¼ltig ab 01.01.1998 bis 31.07.1999 (aF).

Ob altes oder neues Recht anzuwenden ist, regelt [Â§ 422 SGB III](#), der mW zum 01.01.1998 durch [Art 1 AFRG](#) eingefÃ¼hrt worden ist. Nach der Rechtsprechung des BSG ist im Hinblick auf das Ziel der Norm, Leistungen und MaÃnahmen der aktiven ArbeitsfÃ¶rderung grundsÃ¤tzlich einheitlich nach dem Recht durchzufÃ¼hren, das bei der Bewilligung der Leistungen bzw des MaÃnahmebeginns gegolten hat, die Regelung in [Â§ 422 Abs 1 SGB III](#), die die Anwendung dieses Rechts nur bis zum Ende der MaÃnahme oder Leistung vorsieht, ebenfalls in einem umfassenden Sinne auszulegen. Das alte Recht bleibt daher grundsÃ¤tzlich fÃ¼r den gesamten Leistungs- bzw MaÃnahmezeitraum anwendbar (BSG Urteil vom 21.03.2002 [B 7 AL 68/01 R](#)).

GemÃ¤Ã [Â§ 422 Abs 1 SGB III](#) sind, soweit nichts abweichendes bestimmt ist, auf Leistungen der aktiven ArbeitsfÃ¶rderung bis zum Ende der Leistungen oder der MaÃnahme die Vorschriften in der vor dem Tag des Inkrafttretens der Ãnderung geltenden Fassung weiter anzuwenden, wenn vor diesem Tag 1. der Anspruch entstanden ist, 2. die Leistung zuerkannt worden ist und 3. die MaÃnahme begonnen hat, wenn die Leistung bis zum Beginn der MaÃnahme beantragt worden ist. Vorliegend ist der Eingliederungszuschuss fÃ¼r die KlÃ¤gerin durch Bescheid vom 08.04.1999 bewilligt worden. Dieser Tatbestand liegt vor dem 01.08.1999, so dass als Rechtsgrundlage fÃ¼r die RÃ¼ckforderung [Â§ 223 Abs 2 SGB III](#) aF maÃgebend ist.

Die Voraussetzungen des [Â§ 223 Abs 2 SGB III](#) aF fÃ¼r die RÃ¼ckzahlung des gezahlten Eingliederungszuschusses liegen vor, denn es ist kein Ausnahmetatbestand gegeben. So scheiden die AusnahmetatbestÃ¤nde des [Â§ 223 Abs 2 Satz 2 Nrn 2 und 3 SGB III](#) aF (Erreichen der Altersgrenze, Beendigung des ArbeitsverhÃ¤ltnisses auf Bestreben des Arbeitnehmers hin) offensichtlich aus. Aber auch der Ausnahmetatbestand des [Â§ 223 Abs 2 Satz 2 Nr 1 SGB III](#) aF liegt nicht vor.

Nach dieser Bestimmung ist der Eingliederungszuschuss nicht zurÃ¼ckzuzahlen, wenn der Arbeitgeber berechtigt war, das ArbeitsverhÃ¤ltnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer KÃ¼ndigungsfrist zu kÃ¼ndigen. Vorliegend war die KlÃ¤gerin hierzu nicht berechtigt. Die Voraussetzungen dafÃ¼r richten sich nach [Â§ 626 Abs 1 BÃ¼rgerliches Gesetzbuch \(BGB\)](#). Danach ist der Arbeitgeber zur fristlosen KÃ¼ndigung des ArbeitsverhÃ¤ltnisses berechtigt, wenn Tatsachen vorliegen, die bei BerÃ¼cksichtigung aller UmstÃ¤nde und AbwÃ¤gung der Interessen beider Vertragsteile dem KÃ¼ndigenden die Fortsetzung des ArbeitsverhÃ¤ltnisses unzumutbar machen. Beklagte und Sozialgerichte mÃ¼ssen von Amts wegen prÃ¼fen, ob der Arbeitnehmer durch ein vertragswidriges Verhalten Anlass fÃ¼r die KÃ¼ndigung gegeben hat. Mangels besonderer gesetzlicher Regelungen haben Entscheidungen der Arbeitsgerichte fÃ¼r sie keine

Bindungswirkung. Dies gilt auch für einen arbeitsgerichtlichen Vergleich (BSG SozR 4100 Â§ 119 Nr 26, [SozR 3-4100 Â§ 119 Nr 3](#)).

Es stand der Klägerin zu keinem Zeitpunkt ein Recht zur außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit H zu. So stellte die mangelhafte Arbeitsleistung des H keinen wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung dar. Soweit von der Klägerin die Nichtbeherrschung grundlegender Malertechniken im Kündigungsschreiben gerügt wird, ist darauf hinzuweisen, dass der Klägerin bei der Einstellung des H der fehlende Berufsabschluss bekannt war (Eingliederungszuschuss bei erschwelter Vermittlung). Die Förderung diente gerade dem Ausgleich vorhandener Lücken des H zur Verbesserung seiner Vermittlungsfähigkeit.

Die Weigerung des H, trotz der arbeitsvertraglichen Verpflichtung im Rahmen der gesetzlichen Höchstgrenzen Überstunden bzw Mehrarbeit zu leisten (Â§ 2 Nr 2), ist lediglich ein verhaltensbedingter Grund für eine ordentliche Kündigung (BAG vom 27.02.1981 - [2 AZR 1162/78](#)), mithin nicht für eine fristlose Kündigung. Es kann daher dahinstehen, ob die Klägerin den H insoweit wirksam abgemahnt hat.

Das Recht zur fristlosen Kündigung kann die Klägerin auch nicht daraus herleiten, dass H in der Zeit, in der er Überstunden hätte leisten sollen, möglicherweise Schwarzarbeit nachgegangen sein soll. Hierzu hat der Zeuge P. vor dem SG angegeben, er wisse von einem Fall, in dem H sich geweigert habe, Mehrarbeit zu leisten, von Mitarbeitern der Firma jedoch anschließend beobachtet worden sei, wie er für den Kunden der Firma Schwarzarbeit geleistet habe. Diese Schwarzarbeit sei wohl der Hauptgrund für die fristlose Kündigung gewesen.

Zwar durfte H nach Â§ 11 des Arbeitsvertrags eine Nebentätigkeit nur nach Zustimmung der Klägerin ausüben. Vorliegend hat der Zeuge P. weder den Tag der Schwarzarbeit noch die Namen der Mitarbeiter, die H bei der Schwarzarbeit beobachtet haben wollen, noch den Namen des Bauherrn, bei dem H schwarz gearbeitet haben soll, bestätigt. Unabhängig davon stellt Schwarzarbeit allein kein vertragswidriges Verhalten des Arbeitnehmers dar. Ein solches ist erst dann anzunehmen, wenn hierdurch die Interessen des Arbeitgebers beeinträchtigt werden (LAG Köln, Urteil vom 07.01.1993, [DB 93, 941](#); Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 2005, Â§ 43 RdNr 32). Hätte die Klägerin jedoch ihre Kündigung auf die Ausübung der nicht genehmigten Nebentätigkeit stützen wollen, weil diese die vertraglich geschuldete Leistung beeinträchtigte, wäre nach der Rechtsprechung eine Abmahnung erforderlich gewesen (LAG Köln aaO). Dies bedeutet, dass die Ausübung der Nebentätigkeit eine außerordentliche Kündigung ohnehin nicht gerechtfertigt hätte (Linck in Schaub aaO, Â§ 61 RdNr 48). Die vom Kläger in diesem Zusammenhang herangezogene Entscheidung des OLG Köln vom 18.09.1992 ([NJW 1993, 73](#) - [74](#)) betraf den Fall, dass der Auftraggeber eines Werkes Arbeitnehmer des Unternehmers zur Schwarzarbeit während der regulären, vom Unternehmer bezahlten Arbeitszeit herangezogen und damit das Vertrauensverhältnis zwischen Auftraggeber und Werkunternehmer nachhaltig gestört hat. Eine solche Fallkonstellation liegt vorliegend jedoch nicht

vor.

Die Klägerin war somit zur fristlosen Kündigung des H nicht berechtigt. Da ein weiterer Ausnahmestatbestand des [Â§ 223 Abs 2 Satz 2 SGB III](#) nicht vorlag, erging der Bescheid vom 16.08.2000 zu Recht. Die Beklagte hat daher den Antrag nach [Â§ 44 SGB X](#) zutreffend abgelehnt.

Auf die Berufung der Beklagten ist daher das Urteil des SG Würzburg vom 18.11.2002 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf [Â§ 193 SGG](#). [Â§ 197 a SGG](#) ist nicht anzuwenden, denn der Arbeitgeber ist in Streitigkeiten über Eingliederungszuschüsse Leistungsempfänger iS von [Â§ 183 SGG](#) (BSG, Beschluss vom 22.09.2004 - B 11 AL 33/03 R -).

Gründe, die Revision gem [Â§ 160 Abs 2 Nrn 1 und 2 SGG](#) zuzulassen, liegen nicht vor.

Erstellt am: 07.03.2005

Zuletzt verändert am: 22.12.2024