
S 25 AS 306/08

Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

Land	-
Sozialgericht	Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet	Grundsicherung für Arbeitsuchende
Abteilung	6
Kategorie	-
Bemerkung	-
Rechtskraft	-
Deskriptoren	-
Leitsätze	-
Normenkette	-

1. Instanz

Aktenzeichen	S 25 AS 306/08
Datum	28.02.2011

2. Instanz

Aktenzeichen	L 6 AS 741/11
Datum	20.10.2011

3. Instanz

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

Die Berufung gegen das Urteil des Sozialgerichts Düsseldorf vom 28.02.2011 wird zurückgewiesen. Kosten haben die Beteiligten einander auch im Berufungsverfahren nicht zu erstatten. Die Revision wird nicht zugelassen. Der Streitwert wird auf 4.796,98 Euro festgesetzt.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten um die (Teil-)Erstattung eines nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch (SGB II) gewährten Eingliederungszuschusses.

Der Kläger, ein Maler- und Lackiermeister, beantragte am 22.01.2007 einen Eingliederungszuschuss für die Anstellung des Herrn T ab dem 22.01.2007. Der Beklagte gewährte den Zuschuss mit Bescheid vom 28.02.2007 ab dem 22.01.2007 für die Dauer eines Jahres bis zum 21.01.2008 in Höhe von 50 % des berücksichtigungsfähigen Arbeitsentgelts sowie des pauschalen Arbeitgeberanteils am Gesamtsozialversicherungsbeitrag (insgesamt: 1.028,58 Euro monatlich).

Der Kläger kündigte Herrn T zum 31.01.2008.

Mit Schreiben vom 01.08.2008 hörte der Beklagte den Kläger zu einer beabsichtigten Rückforderung von 4.796,98 Euro an, da das Arbeitsverhältnis vorzeitig während der Nachbeschäftigungszeit nach [§ 221](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) (22.01.2008 bis 21.01.2009) ohne einen berechtigten Grund für eine Kündigung geendet habe. Der Kläger gab an, dass das Arbeitsverhältnis nicht verlängert worden sei, weil Herr T in keiner Weise für den Malerbetrieb geeignet gewesen sei. Dies habe sich bereits im August 2007 herausgestellt. Von einer unmittelbaren Lösung des Vertrags habe er jedoch entgegenkommenderweise nach Rücksprache mit Herrn T1, einem Mitarbeiter des Beklagten, Abstand genommen. Ungelernte Hilfsarbeiten fielen in seinem Betrieb nicht laufend an, so dass er die fehlende Nachbeschäftigung, die ursprünglich vereinbart gewesen sei, nicht zu verantworten habe.

Mit Bescheid vom 16.09.2008, bestätigt durch Widerspruchsbescheid vom 02.12.2008 forderte der Beklagte die Leistungen aus den angeführten Gründen in Höhe von 4.796,98 Euro zurück.

Mit der am 29.12.2008 Klage beim Sozialgericht Dortmund erhobenen Klage hat der Kläger die Aufhebung des Erstattungsbescheides verfolgt. Der Beklagte trage das Risiko, wenn ein Arbeitnehmer, der ohne Ausbildung eingestellt und für den Betrieb nicht entsprechend qualifiziert werde, sich nicht als geeignet erweise. Er habe im Vertrauen darauf versucht, dem Arbeitnehmer die notwendigen Kenntnisse für die Integration in den Betrieb zu vermitteln. Dies sei aber nicht möglich gewesen. Schließlich habe der Mitarbeiter des Beklagten, Herr T1, ihm zugesichert, dass er Herrn T nicht weiter beschäftigen müsse, wenn dieser sich auch nach einem Beschäftigungsjahr als nicht geeignet erweise.

Im Termin zur mündlichen Verhandlung am 28.02.2011 hat das Sozialgericht den Kläger gehört und Beweis erhoben durch Vernehmung des Herrn T1 als Zeuge. Der Kläger hat ausgeführt, das Gefühl gehabt zu haben, dass Herr T die - einfachen - Arbeiten nicht habe erlernen wollen. Der Zeuge T1 hat u.a. erklärt, sich im Einzelnen nicht an Telefonate mit dem Kläger erinnern zu können. Wenn solche stattgefunden hätten, werde er aber die üblichen Mitteilungen zur Beendigung von Arbeitsverhältnissen gegeben haben, dass er also bei Schlechtleistungen Abmahnungen erteilen solle bzw. dass Nachweise für Fehl- bzw. Schlechtleistungen erforderlich seien.

Das Sozialgericht hat die Klage mit Urteil vom 28.02.2011 abgewiesen. Die Verpflichtung zur Rückzahlung ergebe sich aus [§ 221 Abs. 2 SGB III](#), da das Beschäftigungsverhältnis mit Herrn T während der Nachbeschäftigungszeit beendet worden sei und keine Ausschlussgründe nach [§ 221 Abs. 2 S. 2 SGB III](#) vorlägen. Der Beklagte habe den Kläger im Bewilligungsbescheid vom 28.02.2007 auf eine etwaige Rückzahlungsverpflichtung hingewiesen. Der Kläger sei nicht berechtigt gewesen, Herrn T aus Gründen, die in dessen Person oder dessen Verhalten lägen, unter Berücksichtigung von [§ 1](#) Kündigungsschutzgesetz zu kündigen ([§ 221 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 SGB III](#)). Die Kammer sei davon überzeugt, dass Herr T nicht aus personenbedingten, sondern verhaltensbedingten Gründen gekündigt worden sei. Die Schlechtleistung habe nach Angaben des Klägers ihren Grund nicht in den

Kenntnissen und Fähigkeiten des Herrn T gehabt, sondern in dessen Willen, die Tätigkeit nicht erlernen zu wollen. Eine dauerhafte und unbehebbarke Unfähigkeit des Herrn T, die geschuldete Tätigkeit zu erbringen, sei auch nicht ersichtlich. Eine verhaltensbedingte Kündigung aber scheitere jedenfalls an einer Abmahnung, die nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vor einer Kündigung erfolgen müsse.

Gegen das ihm am 28.03.2011 zugestellte Urteil hat der Kläger am 27.04.2011 Berufung eingelegt. Seine Erklärung, er habe das Gefühl gehabt, Herr T habe einfachste Arbeiten nicht erlernen wollen, sei lediglich Spekulation. Er habe ihm keine Böswilligkeit, sondern einfach Untauglichkeit unterstellt. Dies aber sei ein in der Person des Arbeitnehmers liegender Kündigungsgrund. Er habe Herrn T mündlich abgemahnt. Dieser habe sich auch nicht gegen die Kündigung gewehrt, wohl weil ihm seine mangelnde Eignung selbst klar gewesen sei.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Düsseldorf vom 28.02.2011 zu ändern und den Bescheid vom 16.09.2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 02.12.2008 aufzuheben.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er hält das angefochtene Urteil für zutreffend. Eine Kündigung gem. [§ 221 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 SGB III](#) sei weder aus personen- noch verhaltensbedingten Gründen möglich gewesen. Insbesondere fehle es an einer ordnungsgemäßen Abmahnung des Herrn T.

Der Senat hat den Kläger im Termin zur mündlichen Verhandlung angehört sowie Beweis erhoben durch die Vernehmung des Arbeitnehmers T und des Mitarbeiters des Klägers N als Zeugen; wegen der ergänzenden Angaben des Klägers und der Bekundungen der Zeugen wird auf die Sitzungsniederschrift vom 20.10.2011 verwiesen.

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes im Übrigen wird auf den Inhalt der Gerichts- und der Verwaltungsakten des Beklagten verwiesen. Dieser ist Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung ist nicht begründet.

Das Sozialgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Die (Teil-)Rückforderung des Eingliederungszuschusses durch den angefochtenen Bescheid des Beklagten vom 16.09.2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 02.12.2008 ist rechtmäßig.

Die Erstattungspflicht ergibt sich aus [§ 16 Abs. 1 S. 2 SGB II](#) i.V.m. [§ 221 Abs. 2 SGB III](#), der Sondervorschrift zu [§§ 45 ff.](#) Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X) ist (vgl. Brandts in Niesel/Brand, SGB III, 5. Aufl. 2010, § 221 Rn 22 m.w.N.). Nach [§ 221 Abs. 2 SGB III](#) sind Eingliederungszuschüsse teilweise zurückzuzahlen, wenn das Beschäftigungsverhältnis während des Förderungszeitraums oder einer Nachbeschäftigungszeit beendet wird. Die Rückzahlung ist auf die Hälfte des Förderungsbetrages beschränkt und darf den in den letzten zwölf Monaten vor Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses geleisteten Förderbetrag nicht überschreiten.

Diese Voraussetzungen liegen hier vor, da der Kläger einen Eingliederungszuschuss für Herrn T gem. [§ 217 SGB III](#) erhalten, diesen aber trotz vorherigen Hinweises auf die (Teil-)Rückzahlungspflichten während der Nachbeschäftigungszeit vom 22.01.2008 bis 21.01.2009 ([§ 221 Abs. 2 S. 5 SGB III](#)) gekündigt hat.

Es liegt auch kein nach [§ 221 Abs. 2 SGB III](#) anzuerkennender Grund vor, der die Rückzahlungspflicht ausnahmsweise entfallen ließe. Insbesondere war der Kläger nicht berechtigt, das Arbeitsverhältnis mit Herrn T aus Gründen, die in der Person oder dem Verhalten dieses Arbeitnehmers lagen, zu kündigen ([§ 221 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 SGB III](#)). Zur Vermeidung von Wiederholungen nimmt der Senat auf die Gründe des angefochtenen Urteils Bezug und sieht insoweit von einer weiteren Darstellung der Entscheidungsgründe ab ([§ 153 Abs. 2 SGG](#)).

Weder die Berufungsbegründung einschließlich des Vortrags des Klägers im Verhandlungstermin des Senats noch die Aussagen der Zeugen T und N vermochten zu einem anderen Ergebnis zu führen.

Die vorgetragene und aktenkundige Umstände lassen zur Überzeugung des Senats nicht den Schluss zu, dass Gründe für eine personenbedingte Kündigung vorgelegen haben. Voraussetzung einer solchen Kündigung ist, dass der Arbeitnehmer die Fähigkeit und die Eignung zur Erbringung der geschuldeten Arbeitsleistung nicht oder nicht mehr hat (Kittner/Däubler/Zwanziger-Deinert, Kündigungsschutzrecht, 8. Aufl. 2011, [§ 1 KSchG](#) Rn 80) bzw. er aus Gründen, die in seiner Sphäre liegen, zur Erbringung der geschuldeten Leistung ganz oder teilweise nicht (mehr) in der Lage ist (BAG Urteil vom 11.12.2003 - [2 AZR 667/02](#) Rn 105 - [BAGE 109, 87](#)). Objektive Eignungsmängel liegen dabei vor, wenn außerhalb der Persönlichkeit des Arbeitnehmers liegende, zur Verrichtung der Arbeit erforderliche Voraussetzungen fehlen (zB. Fahrerlaubnis, Gesundheitszeugnis), subjektive Eignungsmängel, wenn dem Arbeitnehmer Eigenschaften fehlen, die er dem vertragsgemäßen Anforderungsprofil gemäß haben müsste (Kittner/Däubler/Zwanziger-Deinert, a.a.O., Rn 81). Die vom Kläger einzig als Kündigungsgrund geltend gemachte durchgängige Minderleistung des Herrn T reicht nicht, um eine personenbedingte Kündigung zu rechtfertigen.

Von vorneherein ist eine Kündigung wegen verminderter Leistungsfähigkeit nur zulässig bei einer Veränderung im Sinne einer Reduzierung des Leistungsvermögens, nicht hingegen dann, wenn - wie hier - ein von vorneherein leistungsschwacher Arbeitnehmer eingestellt wird (Kittner/Däubler/Zwanziger-

Deinert, a.a.O., Rn 200).

Darüber hinaus konnte nicht festgestellt werden, dass eine Minderleistung des Herrn T in einem Umfang vorgelegen hat, der in unzumutbarem Maß von den berechtigten Gleichwertigkeitserwartungen des Klägers bezüglich des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung abwich (vgl. hierzu BAG Urteil vom 11.12.2003 - [2 AZR 667/02](#) Rn 106 ff. - [NZA 2004, 783](#)). Berufte der Kläger als Arbeitgeber sich auf eine qualitative Minderleistung, muss er konkret zu Fehlerzahl, Art und Schwere sowie Folgen der fehlerhaften Arbeitsleistung vortragen (BAG Urteil vom 17.01.2008 - [2 AZR 536/06](#) Rn 22 - [NZA 2008, 693](#)).

Hier fehlt es bereits an einem konkreten Vortrag des Klägers; aber auch aus den Angaben der Zeugen ergeben sich keine entsprechenden weiterführenden Hinweise oder Belege. Denn schon die Art der Minderleistung wird vom Kläger einerseits und dem Zeugen T andererseits unterschiedlich beschrieben. Abweichend vom Kläger hat der Zeuge als Grund für die Kündigung nicht etwa eine qualitative Minderleistung angesehen. Für ihn waren arbeitgeberseitige Interessen (lediglich) durch quantitative Defizite betroffen, d.h. durch einen zu hohen Zeitaufwand für einzelne Arbeitsaufgaben.

Der Senat vermochte sich auch nicht davon zu überzeugen, dass Grund für die Minderleistung eine herabgesetzte Leistungsfähigkeit des Herrn T war (vgl. hierzu Kittner/Däubler/Zwanziger-Deinert, a.a.O., Rn 199). Vielmehr geht das Gericht davon aus, dass die Minderleistung auf die mangelnde Ausschöpfung seines (höheren) subjektiven Leistungsvermögens zurückzuführen war. Es sind weiterhin keine Gründe erkennbar und insbesondere auch von dem Zeugen T nicht angegeben worden, warum dieser nach seinem körperlichen und psychischen Zustand sowie unter Berücksichtigung seiner beruflichen Erfahrungen dauerhaft außerstande gewesen sein sollte, die vom Kläger beschriebenen Tätigkeiten auszuführen. Denn hierbei handelte es sich um einfache Vor- und Hilfsarbeiten, die keine weitergehenden Qualifikationen erforderten, wie insbesondere Schleifen, Polieren und Entfetten.

Eine verhaltensbedingte Kündigung scheidet - wie vom Sozialgericht zutreffend ausgeführt - an einer vorherigen ordnungsgemäßen Abmahnung des Herrn T durch den Kläger. Diese erfordert, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer deutlich und ernsthaft ermahnt und auffordert, ein genau bezeichnetes Fehlverhalten zu ändern bzw. aufzugeben. Er muss ihm dabei deutlich machen, er werde dieses Verhalten künftig nicht mehr hinnehmen und der Arbeitnehmer müsse damit rechnen, dass weitere Pflichtverletzungen Inhalt oder Bestand seines Arbeitsverhältnisses gefährdeten (BSG Urteil vom 18.01.1980 - [7 AZR 75/78](#) Rn 22 - [VersR 1980, 1351](#)). Eine solche Abmahnung ist nicht erwiesen. Der Nachweis, dass die vom Kläger angegebenen vielfachen mündlichen Gespräche mit Herrn T über seine Arbeitsleistungen und etwaige Konsequenzen die Kernelemente einer Abmahnung enthielten, ist nicht erbracht. Auch nach Anhörung des Klägers vor dem Senat und der Vernehmung der Zeugen N und T steht nicht fest, dass der Kläger gegenüber Herrn T das abgemahnte Fehlverhalten konkret bezeichnet und beschrieben hat (vgl. hierzu Kittner/Däubler/Zwanziger-Deinert, a.a.O., [§ 314 BGB](#) Rn 56). Anders als

der Kläger hat Herr T, wie bereits oben ausgeführt, gemeint, dass seine Minderleistung quantitativer und nicht qualitativer Natur sei. Erkennt aber der Arbeitnehmer, der abgemahnt werden soll, nicht ausreichend genau, worin der Arbeitgeber seine Schlechtleistung sieht, so spricht bereits dieser Umstand gegen eine ausreichend konkrete Bezeichnung bzw. Beschreibung des Fehlverhaltens.

Darüber hinaus ergeben sich bereits aus der Darstellung des Klägers, er habe Herrn T ca. alle drei bis vier Tage auf seine Minderleistung angesprochen und ihm angekündigt, das Arbeitsverhältnis beenden zu müssen, Bedenken gegen die Ernsthaftigkeit der Androhung arbeitsrechtlicher Konsequenzen. Denn Abmahnungen werden durch eine häufige Wiederholung, der keine Konsequenz folgt, entwertet (Kittner/Däubler/Zwanziger-Deinert, a.a.O., [§ 314 BGB](#) Rn 87). Dass der Vielzahl von Gesprächen ein besonders eindringliches Gespräch in der Form einer "letzten Abmahnung" gefolgt wäre (vgl. hierzu BAG Urteil vom 15.11.2001 - [2 AZR 609/00](#) Rn 41 [BB 2002, 1269](#)) ist weder vom Kläger noch vom Zeugen T erklärt worden. Vielmehr hat sich nicht einmal die Behauptung des Klägers, er habe den Zeugen darauf hingewiesen, bei weiterer Schlechtleistung das Arbeitsverhältnis kündigen zu müssen, im Termin zur mündlichen Verhandlung beweisen lassen. Der Zeuge T hat trotz mehrfacher Nachfrage an seiner Darstellung festgehalten, dass ihm diese Konsequenz nicht angedroht worden sei, sondern sich ihm (lediglich) aufgrund seiner eigenen beruflichen Erfahrung als denklogisch aufgedrängt habe. Da der Zeuge T seinem vorigen Arbeitgeber gegenüber offenkundig in keiner Weise negativ eingestellt war, beide vielmehr mehrfach ihr gutes menschliches Verhältnis betont haben, standen die Aussagen des Klägers und des Zeugen zum Inhalt der vermeintlichen Abmahnungsgespräche einander gleichwertig gegenüber.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a SGG](#) i.V.m. [§ 154 Abs. 2](#) Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO). Der Kläger ist als Arbeitgeber kein Leistungsempfänger iSv [§ 183 SGG](#).

Der Streitwert richtet sich gem. [§ 197a Abs. 1 S. 1 SGG](#) i.V.m. [§§ 52 Abs. 3](#), [47 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2](#) Gerichtskostengesetz (GKG) nach der Höhe der streitigen Rückforderung in Höhe von 4.796,98 Euro.

Der Senat hat die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision ([§ 160 Abs. 2 Nr. 1 oder 2 SGG](#)) nicht als gegeben angesehen.

Erstellt am: 06.03.2012

Zuletzt verändert am: 06.03.2012