
S 2 AS 316/20

Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

Land	Bundesrepublik Deutschland
Sozialgericht	Bundessozialgericht
Sachgebiet	Grundsicherung für Arbeitsuchende
Abteilung	-
Kategorie	Urteil
Bemerkung	-
Rechtskraft	-
Deskriptoren	-
Leitsätze	-
Normenkette	-

1. Instanz

Aktenzeichen	S 2 AS 316/20
Datum	29.09.2020

2. Instanz

Aktenzeichen	L 7 AS 621/20
Datum	25.04.2022

3. Instanz

Datum	10.04.2024
-------	------------

Â

Auf die Revision der KlÃ¤gerin wird das Urteil des Bayerischen Landessozialgerichts vom 25.Â April 2022 aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an dieses Gericht zurÃ¼ckverwiesen.

G r Ã¼ n d e :

I

1
Die KlÃ¤gerin wendet sich gegen die teilweise RÃ¼ckforderung eines Eingliederungszuschusses, der ihr fÃ¼r die BeschÃ¤ftigung des frÃ¼heren Arbeitnehmers H vom 15.2. bis 14.8.2017 gewÃ¤hrt worden ist.

2
Die KlÃ¤gerin, eine in der Werbebranche tÃ¤tige GmbH, stellte mit Wirkung vom 15.2.2017 Herrn H, einen zuletzt im arabischen Sprachraum tÃ¤tigen âGraphic Designerâ ein. Der unbefristete Arbeitsvertrag enthielt die Vereinbarung einer

Probezeit von sechs Monaten. Für die Beschäftigung des H beantragte die Klägerin beim beklagten Jobcenter einen Eingliederungszuschuss, der für die Zeit vom 15.2. bis 14.8.2017 iHv monatlich 1152 Euro (40 % des sozialversicherungspflichtigen Bruttoarbeitsentgelts von 2400 Euro und des Arbeitgeberanteils zum Gesamtsozialversicherungsbeitrag von 480 Euro) bewilligt wurde (Bescheid vom 9.3.2017). Hierbei wurde wie bereits im Antragsformular für den Eingliederungszuschuss wies der Beklagte darauf hin, dass der Eingliederungszuschuss teilweise zurückerstattet werden muss, wenn das Arbeitsverhältnis ohne wichtigen Grund während des Förderzeitraums oder in der Nachbeschäftigungszeit beendet werde.

3

Die Klägerin kündigte H am 14.8.2017 zum 14.8.2017 innerhalb der Probezeit an. Auf Nachfrage nach den Gründen teilte die Klägerin dem Beklagten mit, die Sprachbarrieren seien größer als erwartet, während die fachliche Ausbildung etwas unter dem deutschen Standard gelegen habe. Zur Vermeidung der Kündigung habe es neben dem Angebot eines Ausbildungsplatzes mehrere Gespräche mit dem Beschäftigten gegeben. Seit Juni habe H Deutschkurse nicht mehr besucht, seine Aufträge nicht mehr zufriedenstellend ausgeführt und auch seine Pünktlichkeit habe nachgelassen. An einem Montag habe er unentschuldig gefehlt.

4

Der Beklagte verlangte von der Klägerin daraufhin die Rückzahlung von 3494,40 Euro (Bescheid vom 12.10.2017; Widerspruchsbescheid vom 23.1.2020).

5

Das SG hat die dagegen gerichtete Klage abgewiesen (Gerichtsbescheid vom 29.9.2020), das LSG hat die Berufung zurückgewiesen (Urteil vom 25.4.2022). Zur Begründung hat es ua ausgeführt, keine der in [§ 92 Abs 2 Satz 2 SGB III](#) normierten Ausnahmen von der Rückzahlungsverpflichtung liege vor. Insbesondere seien keine Gründe erkennbar, die die Klägerin berechtigt hätten, eine personen- oder verhaltensbedingte Kündigung auszusprechen. Eine verhaltensbedingte Kündigung setze jedenfalls eine Abmahnung voraus, die vorliegend fehle. Zudem sei der Vortrag der Klägerin zu personenbedingten Kündigungsgründen weder substantiiert noch in sich schlüssig. Da geringe Deutschkenntnisse des H gerade Anlass für die Gewährung des Eingliederungszuschusses gewesen seien und schon deshalb eine personenbedingte Kündigung nicht rechtfertigen könnten, könne dahingestellt bleiben, ob gute Deutschkenntnisse für die ausgeführte Tätigkeit überhaupt erforderlich gewesen wären. Anders als die Klägerin meine, rechtfertigten zudem die in einer Probezeit arbeitsrechtlich erleichterten Kündigungsmöglichkeiten über den Wortlaut des [§ 92 SGB III](#) hinaus keine Ausnahme von der Rückzahlungsverpflichtung. Auch daraus, dass der Beklagte die Klägerin nicht explizit darauf hingewiesen habe, dass für die Rückzahlung des Eingliederungszuschusses andere Regelungen galten als für Kündigungen im Arbeitsrecht, könne die Klägerin keine Rechte herleiten. Eine so weitgehende Beratungspflicht, die alle denkbaren Gestaltungsmöglichkeiten erfasse, treffe den

Beklagten nicht.

6
Hiergegen wendet sich die KlÄgerin mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision. Sie rÄhrt die Verletzung von [Ä 92 Abs 2 SGB III](#).

7
Die KlÄgerin beantragt,
das Urteil des Bayerischen Landessozialgerichts vom 25.Ä April 2022, den
Gerichtsbescheid des Sozialgerichts MÄnchen vom 29.Ä September 2020 und den
Bescheid des Beklagten vom 12.Ä Oktober 2017 in der Gestalt des
Widerspruchsbescheides vom 23.Ä Januar 2020 aufzuheben.

8
Der Beklagte beantragt,
die Revision zurÄckzuweisen.

9
Zur BegrÄndung verweist er auf die angefochtenen Entscheidungen.

II

10
Die Revision der KlÄgerin ist im Sinne der Aufhebung des Urteils des LSG und der
ZurÄckverweisung der Sache an dieses Gericht begrÄndet ([Ä 170 Abs 2
Satz 2 SGG](#)). Es fehlt an tatsÄchlichen Feststellungen, die die PrÄfung erlauben,
ob die KlÄgerin berechtigt war, das ArbeitsverhÄltnis mit H aus personen- oder
verhaltensbedingten GrÄnden zu beenden und deshalb von der teilweisen
RÄckzahlung des Eingliederungszuschusses abzusehen ist.

11
1. Gegenstand des Revisionsverfahrens sind neben den vorinstanzlichen
Entscheidungen der Bescheid des Beklagten vom 12.10.2017 in Gestalt des
Widerspruchsbescheids vom 23.1.2020. Hiermit hat der Beklagte, gestÄtzt auf die
im VerhÄltnis zu den [Ä 45 ff SGB X](#) speziellere Rechtsgrundlage des [Ä 92
Abs 2 SGB III](#) ([Ä 37 SGB I](#)) 3494,40Ä Euro zurÄckgefordert. Der Bescheid
Äber die Bewilligung des Eingliederungszuschusses vom 9.3.2017 hat sich mit
Erlass dieses RÄckforderungsbescheids gemÄÄ [Ä 39 Abs 2 SGB X](#) insoweit
Äauf andere WeiseÄ erledigt und seine Wirkung als Behaltensgrund fÄr die
Leistung verloren (so schon zur VorgÄngerregelung des [Ä 223 Abs 2 SGB III](#)
idF des Gesetzes zur Reform der ArbeitsfÄrderung vom 24.3.1997, [BGBI I 594](#):
BSG vom 2.6.2004 Ä [BÄ 7Ä AL 56/03Ä RÄ](#) Ä [SozR 44300 Ä 223 NrÄ 1](#)
RdNrÄ 6Ä f, juris RdNrÄ 13Ä f). Hinsichtlich der (hÄlftigen) FÄrderungssumme, die der
KlÄgerin verbleibt, bildet der Bescheid vom 9.3.2017 hingegen weiterhin den
Rechtsgrund fÄr das BehaltendÄrfen der gezahlten Leistung.

12
2. Der Sachentscheidung entgegenstehende prozessuale Hindernisse bestehen

nicht. Hinsichtlich der von der Klägerin allein begehrten Beseitigung des Rückzahlungsverwaltungsaktes ist die reine Anfechtungsklage ([Â§ 54 Abs 1 Satz 1 Alt 1 SGG](#)) die statthafte Klageart.

13

3. Rechtsgrundlage für den geleisteten Eingliederungszuschuss ist [Â§ 16 Abs 1 Satz 2 Nr 5 SGB II](#) iVm [Â§ 88 SGB III](#) (beide idF des Gesetzes zur Verbesserung der Eingliederungschancen am Arbeitsmarkt vom 20.12.2011, [BGBl I 2854](#)) und [Â§ 16 Abs 2 Satz 1 SGB II](#) (idF des Gesetzes zur Neuausrichtung der arbeitsmarktpolitischen Instrumente vom 21.12.2008, [BGBl I 2917](#)), sowie für den Rückzahlungsverwaltungsakt [Â§ 92 Abs 2 SGB III](#) (idF des Gesetzes vom 20.12.2011). Danach ist der Eingliederungszuschuss teilweise zurückzuzahlen, wenn das Beschäftigungsverhältnis während des Förderungszeitraums oder einer Nachbeschäftigungszeit beendet wird ([Â§ 92 Abs 2 Satz 1 SGB III](#)). Dies gilt nach [Â§ 92 Abs 2 Satz 2 SGB III](#) nicht, wenn der Arbeitgeber berechtigt war, das Arbeitsverhältnis aus Gründen, die in der Person oder dem Verhalten der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers liegen, zu kündigen (Nr 1), die Kündigung aus dringenden betrieblichen Erfordernissen, die einer Weiterbeschäftigung im Betrieb entgegenstehen, berechtigt war (Nr 2), das Arbeitsverhältnis auf das Bestreben der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers hin beendet wird, ohne dass der Arbeitgeber den Grund hierfür zu vertreten hat (Nr 3) oder im Falle des fortgeschrittenen Alters oder einer Schwerbehinderung des Arbeitnehmers (Nr 4 und Nr 5).

14

4. Der Bescheid ist formell rechtmäßig. Insbesondere war der Beklagte für die Rückforderung zuständig. Als Jobcenter ([Â§ 6d SGB II](#) idF der Neubekanntmachung vom 13.5.2011, [BGBl I 850](#)) erbringt er auch die nach [Â§ 16 Abs 1 Satz 2 Nr 5 SGB II](#) der Agentur für Arbeit obliegenden Leistungen zur Aufnahme einer sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung ([Â§ 44b Abs 1 Satz 1](#) und 2 [SGB II](#) idF der Neubekanntmachung vom 13.5.2011, [BGBl I 850](#); vgl BSG vom 26.5.2011 – [B 14 AS 54/10 R](#) – [BSGE 108, 229](#) = [SozR 44200 Â§ 44b Nr 3 RdNr 19](#) zur Arbeitsgemeinschaft nach [Â§ 44b Abs 3 Satz 1 SGB II](#) idF des Vierten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 24.12.2003, [BGBl I 2954](#)). Er erlässt die erforderlichen Verwaltungsakte ([Â§ 44b Abs 1 Satz 3 SGB II](#)). Diese Ermächtigung umfasst aufgrund der Verzahnung von Leistungs- und Rückforderungsrecht (vgl zum SGB III BSG vom 21.3.2002 – [B 7 AL 48/01 R](#) – [BSGE 89, 192, 195](#) = [SozR 34300 Â§ 422 Nr 2 S 5](#), juris RdNr 14) auch den Erlass des Rückzahlungsbescheids. Die gemäß [Â§ 24 Abs 1 SGB X](#) erforderliche Anführung vor Bescheiderlass ist im Widerspruchsverfahren nachgeholt und damit ein etwaiger Anführungsfehler geheilt worden ([Â§ 41 Abs 1 Nr 3 SGB X](#); zuletzt ua BSG vom 21.6.2023 – [B 7 AS 3/22 R](#) – [RdNr 13](#)).

15

5. Ob der Rückzahlungsbescheid auch materiell-rechtlich rechtmäßig ist, kann der Senat nicht abschließend entscheiden.

16

Die von der Klägerin gegenüber H am letzten Tag des Fällordnungszeitraums ausgesprochene Kündigung zum gleichen Tag ist im Grundsatz die Rückzahlungsverpflichtung aus (dazu a). Ob die Klägerin hiervon befreit ist, weil einer der gesetzlich normierten Ausnahmestände nach [§ 92 Abs 2 Satz 2 Nr 1 bis 5 SGB III](#) objektiv vorliegt, kann nicht abschließend beurteilt werden (dazu b). Eine durch Analogie zu schließende Regelungslücke für den Fall der Kündigung während der Probezeit ohne Angabe von Gründen besteht jedenfalls nicht (dazu c).

17

a) Das Beschäftigungsverhältnis wurde am letzten Tag des Fällordnungszeitraums beendet, was im Grundsatz die Pflicht zur teilweisen Rückzahlung auslöst (vgl. [§ 92 Abs 2 Satz 1 SGB III](#)).

18

b) Ob eine Ausnahme von der Rückzahlungspflicht nach [§ 92 Abs 2 Satz 2 Nr 1 SGB III](#) vorliegt (Berechtigung zur Kündigung aus verhaltens- oder personenbezogenen Gründen), kann anhand der Feststellungen des LSG ([§ 163 SGG](#)) nicht abschließend entschieden werden. [§ 92 Abs 2 Satz 2 Nr 2 bis 5 SGB III](#) scheiden nach dem Gesamtzusammenhang der Feststellungen des LSG hingegen von vornherein als denkbare Befreiungstatbestände aus.

19

(1) Im Anwendungsbereich des [§ 92 Abs 2 Satz 2 Nr 1 SGB III](#), der allein auf die Berechtigung zur Kündigung abstellt, geht es unabhängig von den tatsächlichen Umständen der Beendigung der Beschäftigung um das objektive Vorliegen eines zur Kündigung berechtigenden Grundes im Verhalten oder der Person des gefällerten Arbeitnehmers, um eine Rückzahlungspflicht auszuschließen (so auch Voelzke in Hauck/Noftz, SGB III, [§ 92 RdNr 34](#), Stand 9/2022; Coseriu in Eicher/Schlegel, SGB III nF, [§ 92 RdNr 37](#), Stand 6/2018; Köhl in Brand, SGB III, 9. Aufl 2021, [§ 92 RdNr 7](#); Heinz in Heinz/Schmidt-De Caluwe/Scholz, SGB III, 7. Aufl 2021, [§ 92 RdNr 34](#)). Weder muss das Arbeitsverhältnis tatsächlich aus diesen Gründen beendet worden sein, es kann zB auch tatsächlich durch einen Aufhebungsvertrag aufgelöst worden sein, noch ist das Kündigungsschutzgesetz im Sinne einer Rechtsgrundverweisung in [§ 92 Abs 2 SGB III](#) hineinzulesen (BSG vom 25.1.2012 [B 14 AS 111/11 B](#) juris RdNr 9). Lediglich inhaltlich beurteilt sich die Berechtigung zur Kündigung iS des [§ 92 Abs 2 Satz 2 Nr 1 SGB III](#) nach Maßgabe der arbeitsgerichtlich zu [§ 1 Abs 2 Satz 1 KSchG](#) entwickelten Kriterien.

20

(2) Ob Gründe im Verhalten des H die Klägerin zur Kündigung berechtigten, kann nicht abschließend beurteilt werden. Eine Kündigung ist iS des [§ 1 Abs 2 Satz 1 KSchG](#) durch Gründe im Verhalten des Arbeitnehmers bedingt und damit sozial gerechtfertigt, wenn dieser seine vertraglichen Haupt- oder Nebenpflichten erheblich und in der Regel schuldhaft verletzt hat, eine dauerhaft

stÄ¶rungs freie VertragserfÄ¶llung in Zukunft nicht mehr zu erwarten steht und dem Arbeitgeber eine WeiterbeschÄ¶ftigung des Arbeitnehmers Ä¶ber die KÄ¶ndigungsfrist hinaus in AbwÄ¶gung der Interessen beider Vertragsteile nicht zumutbar ist (vgl nur BAG vom 15.12.2016 â¶¶Ä 2Ä AZR 42/16Ä â¶¶ juris RdNrÄ 11 =Ä NZA 2017, 703; BAG vom 5.12.2019 â¶¶Ä 2Ä AZR 240/19Ä â¶¶ juris RdNrÄ 75 =Ä NZA 2020, 647; BAG vom 7.5.2020 â¶¶Ä 2Ä AZR 619/19Ä â¶¶ juris RdNrÄ 15 =Ä NZA 2020, 1022; Zimmermann in Gallner/Mestwerdt/NÄ¶gele, Handkommentar KÄ¶ndigungsschutzrecht, 7.Ä Aufl 2021, Ä§Ä 1 Teil D RdNrÄ 196 mwN). Der Zweck der verhaltensbedingten KÄ¶ndigung ist mithin zukunftsbezogen. Mit ihr soll das weitere Risiko von Vertragsverletzungen ausgeschlossen werden. Prognostisch muss sich also die vergangene Pflichtverletzung noch in der Zukunft belastend auf das ArbeitsverhÄ¶ltnis auswirken (vgl nur BAG vom 19.4.2007 â¶¶Ä 2Ä AZR 180/06 Ä â¶¶ juris RdNrÄ 47 =Ä NZA-RR 2007, 571; BAG vom 23.6.2009 â¶¶Ä 2Ä AZR 103/08Ä â¶¶ juris RdNrÄ 32 =Ä NZA 2009, 1198). Eine KÄ¶ndigung aus GrÄ¶nden im Verhalten des Arbeitnehmers ist daher iS des Ä§Ä 92 AbsÄ 2 SatzÄ 2 NrÄ 1 SGBÄ III berechtigt, wenn prognostisch aus der konkreten Vertragspflichtverletzung und der daraus resultierenden VertragsstÄ¶rung geschlossen werden kann, der Arbeitnehmer werde den Arbeitsvertrag auch nach einer KÄ¶ndigungsandrohung erneut oder in Ä¶hnlicher Weise verletzen. Das Vorliegen oder Fehlen einer Abmahnung bildet daher nicht den rechtlichen Maßstab fÄ¶r die Rechtfertigung der verhaltensbedingten KÄ¶ndigung, sondern dient in diesem Zusammenhang nur der Objektivierung der Negativprognose (vgl nur BAG vom 10.6.2010 â¶¶Ä 2Ä AZR 541/09Ä â¶¶ NZA 2010, 1227; BAG vom 23.6.2009 â¶¶Ä 2Ä AZR 103/08Ä â¶¶ NZA 2009, 1198). Sie ist als Ausfluss des VerhÄ¶ltnismÄ¶ßigkeitsgrundsatzes und wegen der Zukunftsbezogenheit einer KÄ¶ndigung zwar regelmÄ¶ßig, aber auch nicht uneingeschrÄ¶nkt (vgl dazu Deinert in DÄ¶ubler/Deinert, KSchR, 12.Ä Aufl 2024, BGB Ä§Ä 314 RdNrÄ 26 mit umfassender Darstellung der Rechtsprechung) vor einer ordentlichen oder auÄ¶erordentlichen KÄ¶ndigung wegen einer Vertragspflichtverletzung auszusprechen.

21

Dieser PrÄ¶fungsmaßstab verlangt deshalb eigene Feststellungen des Gerichts zu dem Verhalten des Arbeitnehmers wie auch eine auf diese Feststellungen gestÄ¶tzte Prognoseentscheidung (zur Prognoseentscheidung im Sozialrecht vgl beispielsweise BSG vom 6.9.2007 â¶¶Ä BÄ 14/7bÄ AS 60/06Ä RÄ â¶¶ SozR 44200 Ä§Ä 7 NrÄ 5 RdNrÄ 12Ä ff; BSG vom 27.3.2020 â¶¶Ä BÄ 10Ä EG 7/18Ä RÄ â¶¶ BSGE 130, 103 =Ä SozR 47837 Ä§Ä 1 NrÄ 9, RdNrÄ 28Ä f). An beidem fehlt es hier. Die bloÄ¶e Wiedergabe des Vorbringens der KlÄ¶gerin ersetzt diese nicht.

22

Dass bei einer KÄ¶ndigung auÄ¶erhalb des Anwendungsbereichs des KÄ¶ndigungsschutzgesetzes, dh â¶¶ wie hier â¶¶ wÄ¶hrend der Wartezeit von sechs Monaten nach Ä§Ä 1 KSchG arbeitsrechtlich das Erfordernis einer Abmahnung ohnehin nicht besteht (BAG vom 21.2.2001 â¶¶Ä 2Ä AzR 579/99Ä â¶¶ NZA 2001, 951; BAG vom 23.4.2009 â¶¶Ä 6Ä AZR 533/08Ä â¶¶ NZA 2009, 1260), ist im Rahmen des Ä§Ä 92 AbsÄ 2 SatzÄ 2 NrÄ 1 SGBÄ III folglich ohne rechtliche Bedeutung.

23

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verlangt zudem, dass dem Arbeitgeber zur Verfolgung seiner berechtigten Interessen keine anderen milderen Mittel als die Kündigung zur Verfügung stehen (Ultima-ratio-Prinzip). Insoweit hat das LSG festgestellt, dass H vier Tage vor dem Kündigungsausspruch eine Ausbildung angeboten worden sei. Dahingestellt bleiben kann, ob ein solches Angebot arbeitsrechtlichen Maßstäben entspricht und dessen Ablehnung eine Kündigung als verhältnismäßig erscheinen lassen würde. Jedenfalls fehlt es an Feststellungen dazu, warum nur wenige Tage später dennoch eine (fristlose) Kündigung erfolgte. Offenbleiben kann vor diesem Hintergrund, ob und unter ggf. welchen weiteren Voraussetzungen der von der Klägerin vorgebrachte Gesichtspunkt des einmaligen Fehlens an einem Montag oder die Weigerung, weiterhin an einem Deutschkurs teilzunehmen, überhaupt eine verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigen könnte.

24

(3) Im Hinblick auf die Berechtigung zu einer personenbedingten Kündigung fehlen dem Senat ebenfalls die zur abschließenden Prüfung erforderlichen tatsächlichen Feststellungen ([§ 163 SGG](#)). Mit der Befugnis zur personenbedingten Kündigung soll dem Arbeitgeber die Möglichkeit eröffnet werden, das Arbeitsverhältnis aufzulösen, wenn der Arbeitnehmer nicht (mehr) die erforderliche Eignung oder Fähigkeit besitzt, die geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen. Die Erreichung des Vertragszwecks muss durch einen in der Sphäre des Arbeitnehmers liegenden Umstand nicht nur vorübergehend zumindest teilweise unmöglich sein (BAG vom 18.1.2007 [2 AZR 731/05](#) [BAGE 121, 32](#) RdNr. 15; BAG vom 18.9.2008 [2 AZR 976/06](#) [juris RdNr. 22](#) = [NZA 2009, 425](#)).

25

Zur persönlichen Eignung können zwar auch hinreichende Kenntnisse der deutschen Sprache zählen, wenn diese eine wesentliche Anforderung für die zu verrichtende Arbeit darstellen (BAG vom 28.1.2010 [2 AZR 764/08](#) [BAGE 133, 141](#) RdNr. 13). Ob die Deutschkenntnisse des H geringer waren als erwartet, hat das LSG offengelassen, weil es darauf abgestellt hat, die Kommunikation sei in der Zeit der Beschäftigung des H erfolgreich in Englisch erfolgt. Daraus kann aber nicht der rechtliche Schluss gezogen werden, ausreichende Deutschkenntnisse seien für die ausgeübte Tätigkeit tatsächlich nicht erforderlich gewesen. Nichts anderes gilt, soweit die Klägerin vorgetragen hat, die Ausbildung des H habe etwas unter dem deutschen Standard gelegen.

26

c) Ob jedwede, den arbeitsrechtlichen Kriterien materiell-rechtlich entsprechende, personen- oder verhaltensbedingte Kündigung eine Ausnahme von der Rückzahlungsverpflichtung nach [§ 92 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 SGB III](#) begründen kann oder wie das LSG meint von vornherein nur Gründe maßgeblich sein können, die nicht im Zusammenhang mit dem die Forderung auslösenden Vermittlungsschwerpunkt stehen, musste der Senat daher ebenfalls

nicht abschließend entscheiden. Doch dürfte weder der Wortlaut des Gesetzes noch dessen Entstehungsgeschichte sowie Sinn und Zweck der Regelung mit dem letzten Tag des Fälligkeitstermins bzw. in der Nachbeschäftigungszeit eine Einschränkung der zur Kündigung berechtigenden Gründe in [§ 92 Abs 2 Satz 2 Nr 1 SGB III](#) rechtfertigen können (siehe aber Voelzke in Hauck/Noftz, SGB III, § 92 RdNr 38, Stand 9/2022; Coseriu in Eicher/Schlegel, SGB III nF, § 92 RdNr 41, Stand 6/2018). Denn der Eingliederungszuschuss soll (nur) einen Ausgleich für eine der Arbeitsleistung noch nicht angemessene, also objektiv überhöhte Lohnzahlung bieten (BSG vom 28.3.1990 – B 9b/11 RAr 67/88 – SozR 34100 § 49 Nr 1 S 2, juris RdNr 16). Die Fälligkeit ist somit auf das prognostizierte Ende der Minderleistung abzustimmen (vgl. Böttiger in Böttiger/Körte/Schaumberg, SGB III, 3. Aufl. 2019, § 89 RdNr 7). Zum Ablauf der gefälligten Einarbeitungszeit dürfte der Arbeitgeber daher grundsätzlich ein Leistungsvermögen erwarten können, über das ein ungefährer Angehöriger derselben oder einer vergleichbaren Berufsgruppe verfügt (Heinz in Heinz/Schmidt-De Caluwe/Scholz, SGB III, 7. Aufl. 2021, § 88 RdNr 75).

27

d) Eine durch Analogie zu schließende Regelungslücke hinsichtlich weiterer arbeitsrechtlich zulässiger Beendigungstatbestände eines Arbeitsverhältnisses scheidet aus. Eine planwidrige Lücke läge nur vor, wenn der Wortlaut der Vorschrift nicht alle Fälle erfasste, die nach der Entstehungsgeschichte, dem systematischen Zusammenhang sowie ihrem Sinn und Zweck erfasst sein sollten. Dies ist nicht der Fall.

28

(1) Ursprünglich (in der ab 1.1.1998 geltenden Fassung des [§ 223 Abs 2 Satz 2 Nr 1 SGB III](#) idF des AFRG vom 24.3.1997 – BGBl I 594) war der Eingliederungszuschuss ua nur dann nicht rückzuführen, wenn der Arbeitgeber berechtigt war, das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen. Durch Änderungen zum 1.8.1999 sollte die Nachbeschäftigungspflicht und die Rückforderung von Eingliederungszuschüssen stärker am Fälligkeitserzielungszweck (Ausgleich von Minderleistungen) ausgerichtet, Akzeptanzproblemen bei Arbeitgebern entgegen und ein angemessener Interessenausgleich bewirkt werden (Entwurf des Zweiten SGB III-Änderungsgesetzes vom 30.4.1999, [BT-Drucks 14/873, S 16](#)). Nach [§ 223 Abs 2 Satz 2 Nr 1 SGB III](#) (idF des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Dritten Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze vom 21.7.1999 [BGBl I 1648](#)) entfiel die Rückzahlung mit der Berechtigung des Arbeitgebers, das Arbeitsverhältnis aus Gründen, die in der Person oder dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, oder aus dringenden betrieblichen Erfordernissen, die einer Weiterbeschäftigung in diesem Betrieb entgegenstehen, zu kündigen. Nachfolgende Änderungen (Drittes Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23.12.2003 – BGBl I 2848 – zum 1.1.2004; Gesetz vom 20.12.2011 – zum 1.4.2012) haben lediglich ohne wesentliche inhaltliche Änderung eine Neustrukturierung und Vereinheitlichung mit sich gebracht. Weiteres ergibt sich aus der Gesetzeshistorie nicht; es bestehen mithin auch keine

Anhaltspunkte für die Annahme, der Gesetzgeber habe andere als die genannten Beendigungsgründe im Anwendungsbereich des [§ 92 Abs 2 Satz 2 SGB III](#) planwidrig nicht berücksichtigt. Bestätigt wird dies durch die Gesetzessystematik. Der Gesetzgeber hat nur einzelne Tatbestände in Anlehnung an [§ 1 Abs 2 KSchG](#) in das SGB III aufgenommen und ein eigenes sozialrechtliches Konzept für die Pflicht zur Rückzahlung des Eingliederungszuschusses entwickelt.

29

(2) Anders als die Revision meint, sprechen schließlich auch nicht Sinn und Zweck der Regelung für eine Erweiterung der Befreiungstatbestände um âKündigungen innerhalb der Probezeit ohne Angabe von Gründenâ. Die Probezeit, während der grundsätzlich eine Kündigungsfrist von zwei Wochen gilt ([§ 622 Abs 3 BGB](#)), trägt den Bedürfnissen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer Rechnung, in einer überschaubaren ersten Zeit der Beschäftigung die Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers bzw die Arbeitsbedingungen zu erproben und bei negativem Ausgang das Arbeitsverhältnis relativ kurzfristig beenden zu können (zu Sinn und Zweck der Probezeit und zur Abgrenzung von der Wartezeit nach [§ 1 Abs 1 KSchG](#) vgl nur Löffelwisch, DB 2014, 1079 f; bei einem Ausbildungsverhältnis BAG vom 9.6.2016 âAzR 6 AZR 396/15â juris RdNr 25 = [NZA 2016, 1406](#)). Zweck der Befreiungstatbestände in [§ 92 Abs 2 SGB III](#) ist hingegen die Schaffung eines Interessenausgleichs. Einerseits wird die dauerhafte Eingliederung von Personen mit Vermittlungerschwernissen in den Arbeitsmarkt angestrebt und sollen Einstellungshemmnisse bei Arbeitgebern abgebaut werden. Andererseits gilt es zu vermeiden, dass Arbeitgeber Eingliederungszuschüsse als dauerhafte Lohnsubvention nutzen, indem sie Beschäftigte noch während der Probezeit ohne Angabe von Gründen entlassen und gegen andere gefährdete Beschäftigte austauschen (âDrehtreffektâ; vgl dazu auch Begleitevaluation der arbeitsmarktpolitischen Integrationsmaßnahmen für Geflüchtete des BMAS, Forschungsbericht 587 S 71). Dem würde eine Erweiterung der Befreiungstatbestände in dem von der Revision verfolgten Sinne widersprechen.

30

e) Das Prinzip der Einheit der Rechtsordnung wird durch ein solches Verständnis nicht berührt. Durch den abschließenden Katalog der Befreiungstatbestände in [§ 92 Abs 2 Satz 2 SGB III](#) ist arbeitsrechtlich die (fristlose) Kündigung innerhalb der Probezeit ohne Angabe von Gründen nicht ausgeschlossen. Sozialrechtlich befreit diese jedoch nur dann von der Pflicht zur teilweisen Rückzahlung, wenn objektiv ua Gründe in der Person oder im Verhalten des Arbeitnehmers auch zu einer entsprechenden Kündigung berechtigt hätten. Eine arbeitsrechtlich mögliche Kündigung ist mithin Voraussetzung für die Anwendung des [§ 92 SGB III](#). Sachlich begründbar ist hingegen mit Blick auf Sinn und Zweck der Regelung, dass die für den Arbeitgeber bestehende Kündigungsmöglichkeit diesen im Sozialrecht vor dem Hintergrund der mit dem Eingliederungszuschuss verfolgten Ziele nicht gleichermaßen entlastet.

31

6. Die Klägerin kann dem Rückzahlungsanspruch des Beklagten schließlich keinen sozialrechtlichen Herstellungsanspruch entgegenhalten, der nach ihrer Auffassung einen Schaden in Höhe des Rückforderungsbetrags umfasste.

32

Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch stellt auf die Verletzung gesetzlicher Nebenpflichten im Sozialrechtsverhältnis ab. Er kommt zur Anwendung, wenn eine Rechtsgrundlage zur Beseitigung von Fehlerfolgen einer etwaigen Beratungspflichtverletzung fehlt und hat zur Voraussetzung, dass eine Pflicht des Sozialleistungsträgers, insbesondere zur Beratung und Auskunft des Betroffenen, verletzt wurde, wodurch bei diesem kausal ein Nachteil eingetreten ist. Insbesondere aber muss der Zustand, der ohne die Pflichtverletzung bestehen würde, durch eine zulässige Handlung des Verpflichteten herstellbar sein (vgl. zuletzt BSG vom 30.8.2023 – [B 3 A P 4/22 R](#) – juris RdNr 19, f. r BSGE und SozR 4 vorgesehen). Daran fehlt es hier.

33

Zwar hat der Beklagte die Klägerin unzutreffend über die Voraussetzungen der Rückzahlungspflicht des Eingliederungszuschusses belehrt und insoweit seine allgemeine Fürsorge- und Beratungspflicht ([§ 14 SGB I](#)) in ihrer speziellen Ausprägung des [§ 34 Abs 1 Satz 2 SGB III](#) verletzt. Im Bescheid über die Bewilligung des Eingliederungszuschusses vom 9.3.2017 folgt unter der Überschrift „Nachbeschäftigungspflicht“ ua der Hinweis darauf, der Eingliederungszuschuss sei zurückzuzahlen, wenn H ohne wichtigen Grund während des Förderzeitraums oder in der sogenannten Nachbeschäftigungszeit entlassen werde. Die Verknüpfung dieses Inhalts mit der Überschrift „Nachbeschäftigungszeit“ ist bereits irreführend; insbesondere aber entspricht er nicht, wie dargestellt, der maßgeblichen aktuellen Rechtslage. Weitergehende Beratungspflichten des Beklagten, insbesondere zu den arbeitsrechtlich notwendigen Schritten für eine wirksame Kündigung, gleich welcher Frist, bestehen, anders als die Klägerin meint, jedoch nicht (vgl. auch BSG vom 29.11.2022 – [B 4 A S 64/21 R](#) – SozR 44200 – § 41a RdNr 21, auch zur Veröffentlichung in BSGE vorgesehen, zu den Anforderungen an die Belehrung über die Rechtsfolgen bei einer Verletzung der Mitwirkungsobliegenheiten von [§ 41a Abs 3 Satz 3](#) und 4 SGB II).

34

Dahingestellt bleiben kann, ob diese fehlerhafte Belehrung überhaupt kausal zu einem Nachteil bei der Klägerin geführt haben kann, nachdem die Hinweise auf die nach der früheren Rechtslage wesentlich strengeren Voraussetzungen für eine rückforderungsunschädliche Kündigung abstellen. Denn der Zustand, der ohne diese Beratungspflichtverletzung kausal entstanden sein könnte, nach dem Vortrag der Klägerin die Nicht-Einstellung des H kann nicht durch eine zulässige Amtshandlung des Beklagten hergestellt werden.

35

7. Im wiedereröffneten Verfahren wird ggf noch die Höhe des Rückforderungsbetrags zu präzisieren sein. Die Forderung ist der Höhe nach

gemäß [§ 92 Abs 2 Satz 3 SGB III](#) auf die Hälfte des geleisteten
Forderungsbetrags begrenzt; nur insoweit erledigt sich auch der Bescheid vom
9.3.2017. Bei der nach dem Gesamtzusammenhang der Feststellungen des LSG zur
Auszahlung gekommenen Gesamtsumme (monatlich 1152 Euro = 6912 Euro)
dürfte der Rückforderungsbetrag mithin 3456 Euro nicht überschreiten. Ein
dieser Summe übersteigender Betrag wäre vielmehr außerhalb der speziellen
Regelung des [§ 92 Abs 2 SGB III](#) auf Grundlage der [§§ 45 ff SGB X](#)
zurückzufordern.

36

Die Kostenentscheidung bleibt der Entscheidung des LSG vorbehalten.

Ä

Erstellt am: 26.07.2024

Zuletzt verändert am: 21.12.2024