

L 7 AS 621/20

Land
Freistaat Bayern
Sozialgericht
Bayerisches LSG
Sachgebiet
Grundsicherung für Arbeitsuchende
1. Instanz
SG München (FSB)
Aktenzeichen
S 2 AS 316/20
Datum
29.09.2020
2. Instanz
Bayerisches LSG
Aktenzeichen
L 7 AS 621/20
Datum
25.04.2022
3. Instanz
-
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Urteil
Leitsätze

Nur nach entsprechender Abmahnung, die Voraussetzung einer ordentlichen Kündigung wäre, ist ein Arbeitgeber von der Rückzahlungspflicht eines Eingliederungszuschusses befreit.

I. Die Berufung gegen den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts München vom 29. September 2020 wird zurückgewiesen.

II. Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.

III. Die Revision wird nicht zugelassen.

T a t b e s t a n d :

Die Klägerin wendet sich gegen die teilweise Rückforderung eines vom Beklagten bewilligten Eingliederungszuschusses.

Die Klägerin, eine in der Werbebranche tätige GmbH, stellte zum 15.02.2017 als Graphiker Herr H (H) ein, der zuletzt im arabischen Sprachraum als "Graphic Designer" tätig war und über geringe Deutschkenntnisse verfügte. Im Arbeitsvertrag wurde eine Probezeit von sechs Monaten vereinbart.

Die Klägerin beantragte für die Beschäftigung von H beim Beklagten einen Eingliederungszuschuss unter Verwendung des Formulars des Beklagten. Im Antragsformular des Beklagten wurde ausdrücklich auf die Nachbeschäftigungspflicht hingewiesen. Außerdem wurde im Antragsformular darauf hingewiesen, dass - von wenigen Ausnahmen abgesehen - der Eingliederungszuschuss teilweise zurückzahlen ist, wenn das Arbeitsverhältnis "ohne wichtigen Grund" während des Förderzeitraums oder in der Nachbeschäftigungszeit beendet wird. Ausführliche Informationen zur Rückzahlungspflicht fänden sich im Internet unter www.arbeitsagentur.de > Unternehmen > finanzielle Hilfen > Einstellung.

Mit Bescheid vom 09.03.2017 bewilligte der Beklagte den beantragten Eingliederungszuschuss auf der Grundlage von [§ 16 Abs. 1 SGB II](#) iVm. [§§ 88, 89, 91, 92 SGB III](#) für die Zeit vom 15.02.2017 bis 14.08.2017 in Höhe von monatlich 1.152 EUR. Im Bescheid wurde nochmals darauf hingewiesen, dass bzgl der Rückzahlungspflicht ausführliche Informationen unter www.arbeitsagentur.de zu finden seien.

Am 09.08.2017 nahm die Klägerin Kontakt mit der Arbeitsvermittlung des Beklagten auf und berichtete von "Problemen" mit H. Nach einer gemeinsamen Besprechung am 10.08.2017 von Vertretern der Arbeitsvermittlung und der Klägerin mit H erklärte dieser sich noch am selben Tag mit einer Ausbildung, die ihm im Verlauf des Gesprächs zur Behebung der von der Klägerin angeführten fachlichen Defizite angeboten worden war, einverstanden.

Am 14.08.2017, einen Tag vor Ablauf der Probezeit, kündigte die Klägerin ohne weitere Rücksprache mit der Arbeitsvermittlung oder H dem H schriftlich "innerhalb der Probezeit". Nachdem der Beklagte anschließend von der Kündigung erfahren hatte, bat der Beklagte die Klägerin, die Umstände der Kündigung darzulegen. Die Klägerin gab daraufhin gegenüber dem Beklagten an, dass die Sprachbarrieren doch größer gewesen seien als erwartet und die fachliche Ausbildung etwas unter dem deutschen Standard gewesen sei. Im Vorfeld habe es mehrere Gespräche mit H gegeben; ua sei ihm ein Ausbildungsplatz angeboten worden zum Beheben seiner Defizite, um die Kündigung zu vermeiden.

Mit streitgegenständlichem Bescheid vom 21.10.2017 idG des Widerspruchsbescheides vom 23.01.2020 verlangte der Beklagte von der Klägerin eine Rückzahlung iHv 3.494,40 EUR. Die Bewilligung sei mit der Auflage verbunden gewesen, H im Anschluss an den Förderzeitraum noch mindestens bis zum 14.02.2018 weiter zu beschäftigen. Gründe für einen Verzicht auf die Rückforderung bestünden nicht. Die Höhe der Rückforderung ergäbe sich aus dem Gesetz.

Die hiergegen erhobene Klage wies das Sozialgericht München mit Gerichtsbescheid vom 29. September 2020 als unbegründet ab. Der Beklagte habe den Eingliederungszuschuss zu Recht zurückgefordert gemäß [§ 16 Abs 1 Satz 2 Nr 5 SGB II](#) iVm [§ 92 Abs 2 Satz 2 Nr 1 SGB III](#). Denn die Klägerin könne sich nicht auf eine Ausnahme von der Rückzahlungspflicht nach [§ 92 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1](#) und 2 SGB III berufen. Die Voraussetzungen für eine sozial gerechtfertigte Kündigung lägen nicht vor, da es hierfür an einer vorherigen Abmahnung fehle, die bei einer verhaltensbedingten Kündigung notwendig sei. Auch die Voraussetzungen einer personenbedingten Kündigung lägen nicht vor; über sechs Monate scheine auch ein Arbeiten in englischer Sprache möglich gewesen zu sein. Soweit die Klägerin einen sozialrechtlichen Herstellungsanspruch behaupte, da der Beklagte auf Abweichungen im Sozialrecht von arbeitsrechtlichen Möglichkeiten nicht hingewiesen worden sei, wie zB die Unzulässigkeit einer Kündigung während der Probezeit oder der Notwendigkeit einer Abmahnung, sei eine solcher Anspruch nicht ersichtlich. Der Beklagte habe keine weitergehende Beratungspflicht hinsichtlich der Ausnahmen von der Rückforderungspflicht gehabt.

Hiergegen hat die Klägerin Berufung beim Bayerischen Landessozialgericht eingelegt. Die Voraussetzungen des [§ 92 SGB III](#) für eine Ausnahme von der Rückzahlungspflicht lägen vor. Die Klägerin habe aus personenbezogenen Gründen kündigen dürfen, [§ 92 Abs 2 Satz 2 Nr 1](#) 1. Alt SGB III. H habe vom 09.01.2017 bis 03.02.2017 ein Praktikum bei der Klägerin absolviert, bevor er eingestellt worden sei. Das Arbeitsverhältnis habe sich zunächst gut angelesen. Etwa Anfang Juni 2017 habe H dann seine Eltern in G besucht und nach seiner Rückkehr mitgeteilt, dass er in Kürze heiraten werde, was bei der Klägerin alle einigermaßen überrascht habe. Seit diesem Zeitpunkt habe H aufgehört, die Deutschkurse zu besuchen. Die fehlenden Deutschkenntnisse und die Weigerung, weiter Deutsch zu lernen, stellten einen personenbedingten Kündigungsgrund dar.

Die Klägerin habe zudem verhaltensbedingt kündigen dürfen, [§ 92 Abs 2 Satz 2 Nr 1](#) 2. Alt SGB III. Nach dem Besuch bei seinen Eltern in G habe H seine Aufträge nicht mehr zufriedenstellend ausgeführt. Seine Pünktlichkeit habe nachgelassen. Nach einem Urlaub am Wochenende sei er am darauffolgenden Montag unentschuldig nicht erschienen. Auf telefonische Nachfrage habe er mitgeteilt, dass sein Vater bei ihm zu Besuch sei. H habe somit sowohl gegen seine Hauptleistungspflichten aus dem Arbeitsvertrag (Ablieferung "unbrauchbarer Arbeit") als auch gegen Nebenpflichten (Pünktlichkeit, Erscheinen am Arbeitsplatz) verstoßen.

Im Übrigen sei die Kündigung während der Probezeit erfolgt. Wegen des Gebotes der Wahrung der Einheit der Rechtsordnung dürften im Sozialrecht keine anderen Maßstäbe gelten als im Arbeitsrecht. Wenn arbeitsrechtlich während der Probezeit eine Kündigung ohne Beachtung der Grundsätze des Kündigungsschutzgesetzes möglich sei, so müsse dies auch sozialrechtlich gelten.

Zumindest hätte der Beklagte die Klägerin über die Voraussetzungen der Rückzahlung näher beraten müssen.

Die Klägerin und Berufungsklägerin beantragt, den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts München vom 29. September 2020 sowie den Bescheid des Beklagten vom 21.10.2017 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 23.01.2020 aufzuheben.

Der Beklagte und Berufungsbeklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Der Beklagte hält die Entscheidung des Sozialgerichts für zutreffend. Eine Ausnahme von der Rückzahlungspflicht sei nicht ersichtlich. Der Beklagte habe bzgl der Rückforderung kein Ermessen. Er sei einer Beratungspflicht - soweit sie bzgl der Ausnahmen von der Rückzahlungspflicht überhaupt bestehe - durch den Hinweis auf die Internetseite der Arbeitsagentur nachgekommen. Hierzu werde ein Ausdruck der damals gültigen Hinweise aus dem Internet vorgelegt.

Mit Schriftsatz vom 15.02.2022 legt die Klägerseite hierzu dar, dass sich aus den ausgedruckten Hinweisen keine näheren Angaben zu den Umständen einer Kündigung entnehmen ließen.

Im Erörterungstermin am 22.07.2021 haben die Beteiligten einer Entscheidung im schriftlichen Verfahren nach [§ 124 Abs 2 SGG](#) zugestimmt. Eine vergleichsweise Einigung, die mögliche (Teil-)Erlassgründe hätte berücksichtigen können, kam nicht zustande.

Anschließend hat die Klägerin Antrag auf Erlass der Rückforderungssumme gestellt, der jedoch mit Bescheid vom 16.12.2021 abgelehnt wurde, da erst noch rechtskräftig über den Rückforderungsbescheid entschieden werden müsse. Das Widerspruchsverfahren hierzu läuft noch.

Zur Ergänzung des Sachverhalts wird auf die Gerichtsakten und auf die Verwaltungsakte des Beklagten verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Die Entscheidung ergeht im schriftlichen Verfahren nach [§ 124 Abs 2 SGG](#), nachdem sich die Beteiligten mit einer solchen Entscheidung einverstanden erklärt haben.

Die zulässige Berufung ist unbegründet. Zutreffend hat das Sozialgericht entschieden, dass die Rückforderung durch den Beklagten rechtmäßig erfolgt ist.

1. Die Voraussetzungen für eine Rückforderung liegen vor. Nach [§ 92 Abs 2 Satz 1 SGB III](#) ist ein Eingliederungszuschuss teilweise zurückzuzahlen, wenn das Beschäftigungsverhältnis während des Förderungszeitraums oder einer Nachbeschäftigungszeit - wie hier - beendet wird. Die Klägerin hat während der Nachbeschäftigungszeit dem H gekündigt.

Die Rückzahlung ist auf die Hälfte des Förderungsbetrags beschränkt und darf den in den letzten zwölf Monaten vor Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses geleisteten Förderungsbetrag nicht überschreiten. Die Höhe der Rückzahlung hat der Beklagte dieser

gesetzlichen Vorgabe entsprechend unstreitig richtig festgesetzt.

Ermessen hatte der Beklagte bei der Rückforderung nicht auszuüben. Denn bei der teilweisen Rückforderung des Eingliederungszuschusses handelt es sich um eine gebundene Entscheidung (vgl LSG NRW, Urteil vom 23. November 2018, L [21 AS 801/17](#) Rz 24; LSG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 09. März 2017, L [4 AS 221/15](#) Rz 31). Inwieweit hier die besonderen Umstände des Einzelfalls (ua die Bereitschaft der Klägerin, einen Flüchtling zu beschäftigen und die Veränderung der Arbeitseinstellung des H im Laufe seiner Tätigkeit) Berücksichtigung finden können, kann der Beklagte nicht bei der Rückforderung an sich entscheiden, sondern allenfalls im Rahmen eines Erlassantrags.

2. Soweit die Klägerseite geltend macht, sie unterläge keiner Rückzahlungsverpflichtung, weil eine Ausnahme von der Rückzahlungspflicht gemäß [§ 92 Abs 2 Satz 2 SGB III](#) vorläge, trifft dies nicht zu.

Eine Rückzahlungspflicht entfällt nur in den gesetzlich in [§ 92 Abs 2 Satz 2 SGB III](#) abschließend aufgeführten Ausnahmefällen. Solche sind hier nicht gegeben. Von der Klägerin geltend gemachte personen- und verhaltensbedingte Gründe iSv [§ 92 Abs 2 Satz 2 Nr 1 SGB III](#) lagen nicht vor; ein Ausnahmefall ("Kündigung während der Probezeit") ist in [§ 92 SGB III](#) nicht vorgesehen.

Eine Rückzahlungspflicht entfällt ausnahmsweise nach [§ 92 Abs. 2 Satz 2 SGB III](#), wenn der Arbeitgeber berechtigt war, das Arbeitsverhältnis aus Gründen, die in der Person oder dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, zu kündigen (Nr 1), eine Kündigung aus dringenden betrieblichen Erfordernissen, die einer Weiterbeschäftigung im Betrieb entgegenstehen, berechtigt war (Nr 2), die Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf das Bestreben des Arbeitnehmers erfolgt, ohne dass der Arbeitgeber den Grund hierfür zu vertreten hat (Nr 3), der Arbeitnehmer das Mindestalter für den Bezug der gesetzlichen Altersrente erreicht hat (Nr 4) oder der Eingliederungszuschuss für die Einstellung eines besonders betroffenen schwerbehinderten Menschen geleistet wird (Nr 5).

Die aus der Formulierung von [§ 92 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1](#) und 2 SGB III ersichtliche Anknüpfung an die Kündigungsgründe im Arbeitsrecht spricht dafür, die im Arbeitsrecht zu den genannten Kündigungsgründen entwickelten Kriterien auch bei Anwendung und Auslegung der Kündigungsgründe nach [§ 92 Abs. 2 Satz 2 SGB III](#) heranzuziehen (vgl LSG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 09. März 2017, L [4 AS 221/15](#) Rz 34). Argumente dagegen sind nicht ersichtlich (BSG, Beschluss vom 25. Januar 2012, B [14 AS 111/11 B](#) Rz 9). Auf der anderen Seite ist zu beachten, dass es sich bei [§ 92 Abs 2 SGB III](#) um eine Sondervorschrift bzgl der Rückforderung von Sozialleistungen handelt (Kuhnke in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB III, 2. Aufl., [§ 92 SGB III](#) Rz 22), die in ihrem sozialrechtlichen Kontext eng auszulegen und zu verstehen ist.

a) Schon deshalb ist der Vortrag der Klägerseite im Hinblick auf die arbeitsrechtliche Kündigungsmöglichkeit während der Probezeit nicht weiterführend.

Die Klägerin hat eine sozialrechtliche Förderung erhalten; diese ist nur in den sozialrechtlich ausdrücklich aufgeführten Fallgestaltungen nicht zurückzuzahlen. Ausnahmen von der Rückzahlungspflicht hat der Gesetzgeber daran angeknüpft, dass der Grund der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht auf den Arbeitgeber zurückzuführen ist. Ein Verzicht auf die Rückzahlung der Förderung bei einer - zudem nicht näher begründeten - Kündigung während der Probezeit ist sozialrechtlich nicht nur nicht vorgesehen, sondern wäre im Hinblick auf den Förderzweck - Überführung der betroffenen Person in ein dauerhaftes Arbeitsverhältnis (Kuhnke in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB III, 2. Aufl., [§ 92 SGB III](#) Rz 10) - sogar kontraproduktiv.

b) Von den gesetzlich geregelten Ausnahmen von der Rückzahlungspflicht kommt vorliegend nur eine Berechtigung der Klägerin zur Kündigung aus personen- oder verhaltensbedingten Gründen nach [§ 92 Abs 2 Satz 2 Nr 1 SGB III](#) in Betracht.

Obwohl die Klägerin ihre Kündigung als Kündigung während der Probezeit bezeichnet hat, kann sie sich grundsätzlich darauf berufen, dass sie personen- oder verhaltensbedingt hätte kündigen können. Denn die Ausnahmebestimmungen in Nr 1 knüpfen an die Voraussetzungen von [§ 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG](#) an, ohne dass es darauf ankommt, ob bzw aus welchen Gründen der Arbeitgeber tatsächlich gekündigt hat (Kuhnke in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB III, 2. Aufl., [§ 92 SGB III](#) Rz 23).

Nach [§ 92 Abs. 2 Satz 2 Nr 1 SGB III](#) ist die Rückforderung ausgeschlossen, wenn der Arbeitgeber zur Kündigung aus Gründen, die in der Person oder dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, berechtigt war. Danach ist eine personen-, verhaltens- oder betriebsbedingte Kündigung nur dann sozial gerechtfertigt, wenn sie bedingt ist durch Gründe, die in der Person oder dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, oder durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung in dem Betrieb entgegenstehen. Die Vorschrift knüpft insoweit zwar ihrem Wortlaut nach an die sozial gerechtfertigte Kündigung nach [§ 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG](#) an. Allerdings kommt es nur darauf an, dass die in [§ 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG](#) enthaltenen Voraussetzungen für eine personen- oder verhaltensbedingte Kündigung vorliegen, nicht aber, dass das KSchG an sich anwendbar ist (Kuhnke in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB III, 2. Aufl., [§ 92 SGB III](#) Rz 23). Denn das KSchG findet in [§ 92 Abs 2 SGB III](#) keine Erwähnung, die eine solche Modifikation nahelegen würde (BSG, Beschluss vom 25. Januar 2012, B [14 AS 111/11 B](#) Rz 9). Zur Klärung der Frage, ob sich der Arbeitgeber auf eine Ausnahme nach [§ 92 Abs 2 Satz 2 Nr 1 SGB III](#) berufen kann, ist im Weiteren dann dergestalt auf die im Arbeitsrecht zur sozial gerechtfertigten Kündigung entwickelten Grundsätze zurückzugreifen, dass deren Voraussetzungen in vollem Umfang vorliegen müssen (vgl Voelzke in: Hauck/Noftz SGB III, Stand 2022, § 92 Rz 35).

aa) Gründe für eine personenbedingte Kündigung sind nicht gegeben.

Mit der Befugnis zur personenbedingten Kündigung soll dem Arbeitgeber die Möglichkeit eröffnet werden, ein Arbeitsverhältnis aufzulösen, wenn der Arbeitnehmer nicht (mehr) die erforderliche Eignung oder Fähigkeit besitzt, die geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen. Die Erreichung des Vertragszwecks muss durch den in der Sphäre des Arbeitnehmers liegenden Umstand nicht nur vorübergehend, zumindest teilweise unmöglich sein (vgl. BAG, Urteil vom 28. Januar 2010, Az.: [2 AZR 764/08](#), juris, RN 12). Ein Eignungsmangel liegt vor, wenn der Arbeitnehmer dauerhaft nicht in der Lage ist, die Leistung eines vergleichbaren durchschnittlichen Arbeitnehmers zu erbringen (vgl. LAG Hamm, Urteil vom 29. Februar 1996, Az.: 4 Sa 2089/95, juris). Insoweit ist im Rahmen der Prüfung von [§ 92 Abs 2 Satz 2 Nr 1 SGB III](#) zu beachten, dass ein vergleichbarer durchschnittlicher Arbeitnehmer nicht ein Arbeitnehmer ohne gesundheitliche Leistungseinschränkungen mit voller Leistungsfähigkeit ist, sondern ein Arbeitnehmer mit Vermittlungshemmnissen. Von vornherein ist eine Kündigung wegen verminderter Leistungsfähigkeit nur zulässig bei einer Veränderung im Sinne einer Reduzierung des Leistungsvermögens, nicht hingegen dann, wenn - wie hier - von vornherein ein leistungsschwächerer Arbeitnehmer eingestellt wird (vgl. LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 20. Oktober 2011, Az.: L [6 AS 741/11](#) Rz 24). Denn ein Eingliederungszuschuss wird gerade zur Eingliederung von Arbeitnehmern mit Vermittlungshemmnissen bewilligt. Dabei handelt es sich um Umstände, die in der Person des Arbeitnehmers liegen und die seine

Vermittlung auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt erschweren. Durch die Gewährung der Subvention sollen Leistungsdefizite für den Arbeitgeber kompensiert werden (vgl. LSG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 11. Mai 2011, L [5 AS 62/08](#) Rz 48). Es muss daher eine Minderleistung in einem gravierenden Umfang vorliegen, der sich in Ansehung der berechtigten (reduzierten) Gleichwertigkeitserwartung des Arbeitgebers zum Verhältnis von Leistung und Gegenleistung als unzumutbare Abweichung darstellt. Beruft sich ein Arbeitgeber auf eine qualitative Minderleistung, muss er konkret zur Fehlerzahl, Art und Schwere sowie Folgen der fehlerhaften Leistung vortragen (vgl. BAG, Urteil vom 17. Januar 2008, [2 AZR 536/06](#) Rz 22).

Diesbezüglich fehlt es an einem konkreten, substantiierten und in sich schlüssigen Vortrag der Klägerin. Soweit auf Anfrage des Beklagten wegen der Probezeitkündigung erstmals vorgetragen wurde, die Arbeit von H als Graphiker habe nicht den Anforderungen entsprochen, hat die Klägerin diesen pauschalen Vortrag nicht weiter untermauert. Soweit die Klägerin vorträgt, H habe keine Deutschkurse mehr besucht, die zur Verbesserung seiner Deutschkenntnisse veranlasst gewesen seien, stellt dies ebenfalls keinen Grund für eine personenbedingte Kündigung dar. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob verbesserte Deutschkenntnisse für die Tätigkeit von H überhaupt relevant waren, nachdem die Kommunikation offenbar fast sechs Monate lang in Englisch erfolgreich verlaufen ist, worauf das Sozialgericht zu Recht hingewiesen hat. Denn die geringen Deutschkenntnisse stellen ein Vermittlungshemmnis dar, das gerade auch mit Hilfe des Eingliederungszuschusses behoben werden sollte. Als Grund für die Förderung waren von der Klägerin im Antrag vom 10.02.2017 ua auch "fachliche Differenzen (arabischer/europäischer Markt)" sowie "Hilfestellung bei sprachlichen Hindernissen, erhöhte fachliche Betreuung" angegeben. Soweit ein Arbeitnehmer nicht (mehr) bereit ist, an der Behebung seiner Defizite, die mit dem Eingliederungszuschuss beseitigt werden sollen, zu arbeiten, stellt dies ein Verhalten dar, das allenfalls zu einer verhaltensbedingten, nicht aber zu einer personenbedingten Kündigung führen kann. Die Klägerin hätte letztlich auch den Beklagten rechtzeitig darüber informieren müssen, dass H keine Deutschkurse mehr besucht und damit möglicherweise der Grund für die Gewährung des Eingliederungszuschusses entfallen ist.

bb) Die Voraussetzungen für eine verhaltensbedingte Kündigung von H liegen nicht vor.

Auch insoweit hat die Klägerin es versäumt, einzelne Vorkommnisse hinreichend zu belegen. Konkrete Vorkommnisse hätte die Klägerin sofort mit H klären müssen und - falls diese schwerwiegend genug gewesen wären - mit einer Abmahnung reagieren müssen. Dies gilt zum einen für die nicht näher dargelegte, später angeblich eingetretene Minderleistung. Dies gilt aber auch für das von der Klägerin behauptete unentschuldigte Fehlen. Insbesondere das Fernbleiben von der Arbeit an einem Montag, das H damit begründet haben soll, dass sein Vater am Wochenende auf Besuch gekommen sei, hätte einer Abmahnung bedurft. Im Rahmen einer Abmahnung hätten die von der Klägerin später behaupteten Umstände zeitnah geklärt werden können. Auch hätte die Abmahnung aufgrund ihrer Warnfunktion für den betroffenen Arbeitnehmer diesen zu einer Verhaltensänderung veranlassen können.

Eine vorherige Abmahnung, die Voraussetzung einer gerechtfertigten verhaltensbedingten Kündigung ist, ist unstreitig nicht erfolgt, sodass selbst bei Annahme eines schuldhaften vertragswidrigen Verhaltens von H kein Kündigungsgrund im Sinne von [§ 1 Abs. 2 KSchG](#) vorliegt. Anders als die Klägerseite vorträgt, wäre eine Abmahnung erforderlich gewesen. [§ 92 Abs 2 SGB III](#) verlangt, dass sämtliche Voraussetzungen für eine verhaltensbedingte Kündigung vorliegen müssen, wozu eine Abmahnung gehört (vgl. LSG NRW, Urteil vom 23. November 2018, L [21 AS 801/17](#) Rz 23; LSG BW, Urteil vom 07.09.2011, L [3 AL 4999/10](#); LSG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 09.03.2017, L [4 AS 221/15](#)). Wegen des Fehlens einer vorherigen einschlägigen Abmahnung war die Klägerin nicht berechtigt, das Arbeitsverhältnis aus Gründen, die im Verhalten des H lagen, zu kündigen.

Nach alledem waren die Voraussetzungen für eine Kündigung gemäß [§ 92 Abs. 2 Satz 2 Nr 1 SGB II](#) nicht gegeben. Die weiteren Tatbestandalternativen des [§ 92 Abs. 2 Satz 2 SGB III](#) kommen nicht in Betracht. Im Ergebnis bleibt es bei der Rückzahlungspflicht nach [§ 92 Abs 2 Satz 1 SGB III](#).

3. Soweit die Klägerseite sich auf einen sozialrechtlichen Herstellungsanspruch wegen Verletzung einer Beratungspflicht durch den Beklagten berufen will, ist ein solcher nicht ersichtlich.

Da die Rückzahlungspflicht unabhängig von einem Verschulden des Arbeitgebers eintritt, gehört die ordnungsgemäße Belehrung des Arbeitgebers über Voraussetzungen und Umfang des Rückzahlungsanspruches zu den ungeschriebenen Voraussetzungen der Erstattungspflicht (Voelzke in: Hauck/Noftz SGB III, Stand 2022, § 92 Rz 30, 31). Die Verpflichtung des Beklagten zur Belehrung über den Rückzahlungsanspruch folgt aus der allgemeinen Fürsorge- und Beratungspflicht ([§ 14 SGB I](#)) und seiner speziellen Ausprägung in [§ 34 Abs 1 Satz 2 Nrn 5, 6 SGB III](#) (Voelzke aaO). Die Belehrung muss spätestens mit dem Bewilligungsbescheid erteilt werden. Sie muss sich auf die Voraussetzungen des Erstattungsanspruches einschließlich der Dauer der Weiterbeschäftigungszeit im Einzelfall, auf die Ausnahmen von der Erstattungspflicht und deren möglichen Umfang erstrecken.

Dieser Beratungspflicht ist der Beklagte durch die Hinweise im Antragsformular und im Bescheid in vollem Umfang nachgekommen. Die Klägerin wurde darauf hingewiesen, dass der Eingliederungszuschuss bei vorzeitiger Beendigung des Arbeitsverhältnisses zur Hälfte zurückzuzahlen ist; dabei war für die Klägerin auch ersichtlich, dass jede Beendigung des Arbeitsverhältnisses vor dem Ende der ausdrücklich genannten Nachbeschäftigungspflicht zur Rückforderung führt. Auch wurde die Klägerin darüber informiert, dass die Rückzahlungspflicht ausnahmsweise in vollem Umfang entfällt, wenn eine der in [§ 92 Abs 2 SGB III](#) genannten Ausnahmetatbestände vorliegt.

Eine weitergehende Beratungspflicht hatte der Beklagte bei der Bewilligung der Förderung nicht. Nicht nachvollziehbar ist die Argumentation der Klägerseite, der Beklagte hätte darauf hinweisen müssen, dass eine Kündigung während der Probezeit "anders als im Arbeitsrecht" nicht möglich sei. Zum einen hat die Klägerin arbeitsrechtlich wirksam während der Probezeit gekündigt; eine Beratung dahingehend, dass eine solche Probezeitkündigung nicht möglich sei, wäre falsch gewesen. Wenn man die Argumentation der Klägerseite so verstehen muss, dass der Beklagte nach Ansicht der Klägerin darauf hätte hinweisen müssen, dass eine Kündigung während der Probezeit zur Rückzahlungspflicht führt, ist kein Verstoß gegen die Beratungspflicht erkennbar, da der Beklagte - seiner Beratungspflicht entsprechend - auf die gesetzlich vorgesehenen Ausnahmen von der Rückzahlungspflicht hingewiesen hat. Eine Beratungspflicht im Hinblick auf gesetzlich nicht vorgesehene Ausnahmen ist abwegig.

Soweit die Klägerseite eine weitergehende Beratungspflicht über die rechtlichen Voraussetzungen der gesetzlichen Ausnahmen annehmen will, führt dies zu weit. Der Beklagte musste nicht darauf hinweisen, inwieweit bei der Anwendung der sozialrechtlichen Ausnahmenvorschrift des [§ 92 Abs 2 SGB III](#) arbeitsrechtliche Grundsätze Berücksichtigung finden. Wer für sich eine Ausnahme von der Rückzahlungspflicht in

Anspruch nehmen will, muss sich über das Vorliegen der einzelnen Voraussetzungen der Ausnahmvorschrift selbst informieren. Der Beklagte kann nicht schon bei Bewilligung einer Förderung über die Details sämtlicher denkbarer Ausnahmvorschriften von der Rückzahlungspflicht informieren. Ausreichend ist, wenn auf die Ausnahmvorschriften hingewiesen wird.

Im Übrigen bestand für den Beklagten ohnehin kein Anlass, die Klägerin in Bezug auf die Ausnahmvorschriften näher zu beraten. Noch kurz vor der Kündigung hat ein Gespräch stattgefunden mit dem Ziel, H weiter zu beschäftigen. Ein eventueller Beratungsbedarf der Klägerin im Hinblick auf Ausnahmvorschriften betreffend die Rückzahlungsverpflichtung bei vorzeitiger Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses war angesichts dieses Verhaltens der Klägerin nicht ersichtlich.

4. Der Höhe nach ist die Rückzahlung gemäß [§ 92 Abs. 2 Satz 3 SGB III](#) auf die Hälfte des Förderungsbetrags begrenzt. Vorliegend hat der Beklagte dem Gesetz entsprechend die Hälfte der gezahlten Gesamtförderung zurückgefordert.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 Abs. 1 Satz 1 SGG](#). Arbeitgeber, die einen Eingliederungszuschuss erhalten, gehören zu den gemäß [§ 183 SGG](#) kostenrechtlich privilegierten Beteiligten (vgl. BSG, Urteil vom 22. September 2004, [B 11 AL 33/03 R](#)).

Gründe, die Revision zuzulassen, sind nicht ersichtlich.

Rechtskraft
Aus
Saved
2022-06-01