

## L 6 AL 885/02

Land  
Hessen  
Sozialgericht  
Hessisches LSG  
Sachgebiet  
Arbeitslosenversicherung  
Abteilung  
6  
1. Instanz  
SG Gießen (HES)  
Aktenzeichen  
S 14 AL 1732/00  
Datum  
26.06.2002  
2. Instanz  
Hessisches LSG  
Aktenzeichen  
L 6 AL 885/02  
Datum  
19.02.2003  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
B 7 AL 56/03 R  
Datum  
02.06.2004  
Kategorie  
Urteil

I. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Gießen vom 26. Juni 2002 wird zurückgewiesen.

II. Die Beteiligten haben einander keine Kosten zu erstatten.

III. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Der Kläger wendet sich gegen die Rückforderung eines Eingliederungszuschusses in Höhe von 29.087,63 DM, der ihm in der Zeit vom 1. September 1998 bis zum 31. Oktober 1999 von der Beklagten für die Beschäftigung des Arbeitnehmers A.-M. K. gewährt worden war.

Der Kläger ist Inhaber eines Handwerksbetriebs, dessen Geschäftszweck im streitbefangenen Zeitraum die Kunststoffverarbeitung gewesen ist. Vor dem streitbefangenen Zeitraum beschäftigte der Kläger keine weiteren Arbeitnehmer. Zwischenzeitlich übt der Kläger eine abhängige Beschäftigung aus; der damalige Geschäftsbetrieb dient ihm nur noch zum Nebenerwerb.

Mit Wirkung zum 1. September 1998 stellte der Kläger den damals arbeitslosen A.-M. K. (geb. 17.7.1941) als Arbeitnehmer in seinem Betrieb ein. Herr K. hatte bis zum 30. Juni 1997 in P. (Landkreis G.) in einem Arbeitsverhältnis als Metallbohrer gestanden. Nach Ablauf einer 12wöchigen Sperrzeit und dem nachfolgenden Ruhen des Anspruchs nach § 117 Abs. 2 und Abs. 3 bzw. § 117a Arbeitsförderungsgesetz (AFG) bezog Herr K. ab dem 14. November 1997 zunächst vom Arbeitsamt A. und anschließend - nach seinem Umzug an seinen jetzigen Wohnsitz - durch das Arbeitsamt G. Arbeitslosengeld.

Die Einstellung von Herrn K. durch den Kläger erfolgte unbefristet. Nach dem auf den 1. September 1998 datierten Arbeitsvertrag wurde Herr K. als Produktionsarbeiter eingestellt; zu seinem Aufgabengebiet sollte das Arbeiten, Bedienen und Einrichten von/an computergesteuerten Maschinen gehören. Zwischen den Vertragsparteien war eine Kündigungsfrist von vier Wochen zum Ende eines Kalendervierteljahres vereinbart worden. Innerhalb der 3-monatigen Probezeit sollte der Monatslohn 3.200,- DM betragen, danach monatlich 3.500,- DM.

Das Arbeitsverhältnis von Herrn K. wurde unter Einhaltung der vereinbarten Kündigungsfrist vom Kläger zum 31. Dezember 1999 gekündigt.

Für die Einstellung von Herrn K. beantragte der Kläger am 26. August 1998 die Bewilligung eines Eingliederungszuschusses für die Dauer von 14 Monaten. Bei der Antragstellung unterzeichnete der Kläger die auf einem Formblatt der Beklagten enthaltene und auf [§ 223 Abs. 2](#) Sozialgesetzbuch III (SGB III) i.d.F. des Arbeitsförderungs-Reformgesetzes (AFRG) vom 24. März 1997 ([BGBl. I, S. 594](#)) gestützte Erklärung, wonach er sich verpflichte, den Eingliederungszuschuss zurückzuzahlen, wenn das Beschäftigungsverhältnis während des Förderungszeitraums oder innerhalb eines Zeitraums, der der Förderungsdauer entspricht, längstens jedoch von 12 Monaten nach Ende des Förderungszeitraums, beendet wird. Nach der dort enthaltenen Formulierung sollte eine Rückzahlungsverpflichtung entfallen, sofern eine Berechtigung bestand, das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen oder die Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf das Bestreben des Arbeitnehmers erfolgt, ohne dass der Antragsteller den Grund hierfür zu vertreten habe, oder aber der Arbeitnehmer das Mindestalter für den Bezug der gesetzlichen Altersrente erreicht.

Durch Bescheid vom 4. November 1998 bewilligte die Beklagte dem Kläger für Herrn K. einen Eingliederungszuschuss in Höhe von 50 % des berücksichtigungsfähigen Arbeitsentgelts für die Dauer vom 1. September 1998 bis zum 31. Oktober 1999.

Einschließlich der Arbeitgeberanteile am Gesamtsozialversicherungsbeitrag wurde für die ersten drei Monate des Arbeitsverhältnisses ein berücksichtigungsfähiges Arbeitsentgelt in Höhe von 3.904,- DM und für die Zeit danach in Höhe von 4.270,- DM errechnet und damit für diese ersten drei Monate ein monatlicher Eingliederungszuschuss in Höhe von 1.952,- DM und anschließend in Höhe von monatlich 2.135,- DM bewilligt. Der Bescheid vom 4. November 1998 enthielt die inhaltsgleichen Hinweise zur bestehenden Rückzahlungsverpflichtung, wie sie bereits in dem vom Kläger unterzeichneten Antragsformblatt enthalten gewesen waren.

Der bewilligte Zuschuss wurde an den Kläger für die gesamte Dauer des Förderungszeitraums in einer Gesamthöhe von 29.087,63 DM ausbezahlt.

Am 13. September 1999 unterrichtete der Kläger die für die Sachbearbeitung des Eingliederungszuschusses zuständige Stelle des Arbeitsamtes G. darüber, dass die Auftragslage in seinem Betrieb rückläufig sei und er deshalb unter Umständen Herrn K. werde entlassen müssen. Am 28. September 1999 erfolgte ein erneuter Anruf, wonach die Entscheidung über die Entlassung noch nicht getroffen sei, er - der Kläger - Änderungen jedoch umgehend mitteilen werde.

Mit Schreiben vom 3. Januar 2000 unterrichtete der Kläger die Beklagte darüber, dass das Arbeitsverhältnis von Herrn K. beendet worden sei. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses, die er sehr bedauere, sei im Hinblick auf den Wegfall des Hauptkunden und eines dadurch verursachten Auftrag- und Umsatzrückgangs um mehr als 90 % erforderlich geworden. Auch durch Ausschöpfung aller Rücklagen, Bankkredite und Anstrengungen in Bezug auf Neukunden habe diese Entwicklung, die bereits ab dem 2. Quartal 1999 zu erkennen gewesen sei, nicht abgewendet werden können. Die Kündigung von Herrn K. sei notwendig geworden, um die endgültige Schließung des Betriebes zu verhindern.

Durch Bescheid vom 31. März 2000 forderte die Beklagte vom Kläger den in der Zeit vom 1. September 1998 bis zum 31. Oktober 1999 bewilligten Eingliederungszuschuss in Höhe von 29.087,63 DM zurück. Die Beklagte berief sich dabei auf [§ 223 Abs. 2 S. 1 SGB III](#) i.d.F. des AFRG ([§ 223 Abs. 2 S. 1 SGB III](#) a.F.), wonach der Eingliederungszuschuss zurückzuzahlen sei, wenn das Beschäftigungsverhältnis innerhalb von 12 Monaten nach Ende des Förderungszeitraums beendet werde und die in [§ 223 Abs. 2 S. 2 Nr. 1](#) bis Nr. 3 SGB III enthaltenen Ausnahmeregelungen nicht zuträfen.

Der Kläger legte dagegen Widerspruch ein, mit dem er vortrug, er sei nach [§ 626 BGB](#) berechtigt gewesen, wegen des Wegfalls des Arbeitsplatzes von Herrn K. das mit Herrn K. bestehende Arbeitsverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen. Er habe Herrn K. wegen des Auftragsrückgangs nicht mehr beschäftigen können. Es habe sich deshalb um ein sinnentleertes Arbeitsverhältnis gehandelt, das nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (Hinweis auf BAG, Urteil vom 5. Februar 1998 - [2 AZR 227/97](#) = [DB 1998, S. 1035](#)) auch zur außerordentlichen Kündigung eines Arbeitnehmers habe führen dürfen. Die Arbeit von Herrn K. habe sich auf bloße Hilfsarbeiten beschränkt, da dieser Arbeitnehmer die CNC-Maschinen mangels entsprechender Ausbildung und Kenntnisse nicht habe programmieren können, vielmehr auf seine - des Klägers - Vorgaben angewiesen gewesen sei. Dieser Tätigkeitsbereich sei aufgrund des Absprungs eines der Großkunden völlig entfallen. Die Kündigung von Herrn K. müsse deshalb auch von der Beklagten akzeptiert werden. Dies auch deshalb, weil die Beklagte ihn - den Kläger - unzureichend beraten habe. Seine wirtschaftlichen Schwierigkeiten habe er dem Arbeitsamt erstmals im August 1999 geschildert. Damals sei ihm gegenüber bekundet worden, dass er im Falle der Kündigung die Zuschüsse in diesem Fall zurückzuzahlen habe. Er sei jedoch nicht darüber in Kenntnis gesetzt worden, dass es dann für ihn "billiger" wäre, Herrn K. sofort zu entlassen, als ihn noch bis drei Monate nach Ende der Förderungsdauer weiter zu beschäftigen.

Durch Widerspruchsbescheid vom 30. August 2000 wurde der Widerspruch des Klägers zurückgewiesen. Dabei berief sich die Beklagte auf die in [§ 223 Abs. 2 S. 1 SGB III](#) a.F. getroffene Regelung über die bestehende Rückzahlungsverpflichtung. Sie führte ergänzend aus, auch ein Beratungsfehler, der dem Rückforderungsanspruch entgegenstehen könnte, sei nicht gegeben gewesen. Dass sich die Summe eines potentiellen Erstattungsbetrages mit weiter andauernder Beschäftigungs- bzw. Förderungsdauer erhöhe, sei eine Selbstverständlichkeit, auf die kaum besonders hingewiesen werden müsse. Ohnehin seien die genauen betriebsinternen Verhältnisse keinesfalls aktenkundig gewesen. Eine außerordentliche fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit Herrn K. sei im Übrigen nicht möglich gewesen. Der vorgetragene Auftragsmangel könne als Grund hierfür nicht anerkannt werden.

Der Kläger hat hiergegen Klage erhoben, mit der er sein Vorbringen im Widerspruchsverfahren wiederholte und vortrug, im September 1999 sei der Umsatz aufgrund des Absprungs eines Großkunden auf null zurückgegangen. Er berief sich im Übrigen darauf, nach Maßgabe einer Rundverfügung des Landesarbeitsamtes Hessen vom 5. November 1999 (Inhalt im Einzelnen vgl. Bl. 59 der Verwaltungsakte) müsse in seinem Fall von der Rückforderung abgesehen werden.

Durch Urteil vom 26. Juni 2002 hat das Sozialgericht die Klage abgewiesen. Das Sozialgericht ist davon ausgegangen, der Rückforderungsanspruch begründe sich auf [§ 223 Abs. 2 SGB III](#) in der bis zum 31. Juli 1999 maßgeblichen Fassung (Hinweis auf BSG, Urteil vom 31. März 2002 - [B 7 AL 48/01 R](#)). Vorliegend sei ein Rückforderungsanspruch gegeben, da das Arbeitsverhältnis innerhalb von 12 Monaten nach Ende des Förderungszeitraums geendet habe. Eine Berechtigung des Klägers, das Arbeitsverhältnis mit Herrn K. aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen ([§ 223 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 SGB III](#) a.F.) habe nicht vorgelegen. Das Betriebsrisiko trage der Dienstberechtigte, so dass bei Betriebseinstellungen und Umstellungen und bei mangelnder Auftragslage ein solcher Kündigungsgrund grundsätzlich nicht gegeben sei. Auch der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, auf die sich der Kläger berufe (BAG, Urt. v. 5.2.1998 - [2 AZR 227/97](#) = AP Nr. 143 zu [§ 626 BGB](#)) könne nichts Gegenteiliges entnommen werden. Denn die angesprochene Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts betreffe ausschließlich die Konstellation einer außerordentlichen Kündigung eines tariflich unkündbaren Arbeitnehmers und könne daher auf die vorliegende Fallgestaltung nicht übertragen werden.

Auf die Rundverfügung des Landesarbeitsamtes Hessen vom 5. November 1999 könne sich der Kläger ebenfalls nicht berufen. Zwar lasse sich aus dieser Rundverfügung entnehmen, dass bei einem dramatischen Auftragsrückgang, wie er hier vorliege, von einer Erstattungsforderung abzusehen sei. Diese Rundverfügung habe aber nicht im Einklang mit der damaligen Gesetzeslage gestanden und sei daher auch mit Erlass vom 18. April 2000 vom Landesarbeitsamt zu Recht aufgehoben worden. Aus einer rechtswidrigen Verwaltungsvorschrift lasse sich aber kein Anspruch herleiten, entsprechend behandelt zu werden. Allenfalls dann, wenn die Geltendmachung im Ermessen der Beklagten gestanden hätte, wäre hier möglicherweise eine Selbstbindung eingetreten. [§ 223 Abs. 2 S. 1 SGB III](#) a.F. räume der Beklagten aber kein Ermessen ein, sondern sehe die Erstattung als zwingende Rechtsfolge vor.

Auch eine Verletzung der Aufklärungspflicht der Beklagten mit der Folge eines sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs sei nicht feststellbar. Der Kläger sei auf die Rechtsfolgen bei vorzeitiger Beendigung des Arbeitsverhältnisses und die damit einhergehende Rückzahlungsverpflichtung sowohl in dem Antragsformular als auch in den Nebenbestimmungen zum Bewilligungsbescheid hingewiesen worden. Die entsprechenden Formulierungen seien eindeutig. Sie entsprächen dem Gesetzeswortlaut. Zu darüber hinausgehenden Hinweisen sei die Beklagte nicht verpflichtet gewesen. Eine Prognoseentscheidung, inwieweit von einer Einhaltung der durch das Gesetz vorgeschriebenen Beschäftigungsdauer bei Bewilligung der Fördermittel auszugehen sei, sei nicht vorgesehen. Bei einem Umsatzrückgang, wie er hier vorliege, handele es sich um ein typisches Unternehmensrisiko, das unter der Geltung der Regelung in [§ 223 Abs. 2 S. 1 SGB III](#) a.F. nicht auf die Beklagte abgewälzt werden könne.

Gegen das dem Kläger am 12. Juli 2002 zugestellte Urteil richtet sich die am 9. August 2002 eingegangene Berufung. Der Kläger trägt vor, aus seiner Sicht sei es nicht gerechtfertigt, dass der gesamte Eingliederungszuschuss von ihm zurückgefordert werde. Schließlich sei in dieser Zeit der als förderungsfähig angesehene Arbeitnehmer kostenmäßig der Allgemeinheit nicht mehr zur Last gefallen. Daran knüpfe auch die als Verwaltungsvorschrift einzuordnende Rundverfügung des Landesarbeitsamtes Hessen vom 5. November 1999 an. Nach dieser Verwaltungsvorschrift müsse die Beklagte Ermessen ausüben, ob sie von dem bestehenden Rückforderungsrecht Gebrauch mache oder ob dies nicht der Fall sei. Insoweit stelle diese Rundverfügung lediglich eine Normkonkretisierung innerhalb des vom Gesetzgeber vorgegebenen Rahmens dar, nicht aber eine vom Gesetz losgelöste eigene Regelung. In seinem Falle erfordere die Ausübung von Ermessen im Hinblick auf den existenzbedrohenden Auftragsrückgang das Absehen von der Rückforderung des gezahlten Eingliederungszuschusses. Ohnehin habe ihm vorliegend das Recht zugestanden, das Arbeitsverhältnis mit Herrn K. aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen, wie dies [§ 223 Abs. 2 Nr. 1 SGB III](#) a.F. vorgesehen habe. Im Hinblick auf die durch [Art. 12 Abs. 1](#) Grundgesetz geschützte Berufsausübungsfreiheit sowie das durch [Art. 14 Abs. 1](#) Grundgesetz geschützte Recht auf Einrichtung und Ausübung eines Gewerbebetriebes führe die enge Auslegung des [§ 223 Abs. 2 SGB III](#) dazu, einen durch Auftragsrückgang fast auf null sich ohnehin finanziell in erheblicher Bedrängnis befindenden Arbeitgeber zur Aufrechterhaltung seines Betriebes möglichst bis zum Ende des Förderungszeitraums zu zwingen, weil er allein hierdurch einer zusätzlichen finanziellen Belastung durch Rückforderungsansprüche entgehen könne. Hierdurch aber würden - völlig entgegen der Intension des Gesetzgebers, die auch der Altregelung des [§ 223 Abs. 2 SGB III](#) zugrunde gelegen habe - keine Arbeitsplätze geschaffen, sondern vernichtet. In diesem Zusammenhang müsse auch auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu [§ 128 AFG](#) a.F. hingewiesen werden. Auch die unter Einbeziehung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gebotene Abwägung, dass das grundsätzlich anzuerkennende Interesse der Beklagten sowie der Allgemeinheit an einer kostenmäßigen Entlastung der Beklagten und der damit verbundenen dauerhaften Eingliederung förderungswürdiger Arbeitsloser in den Arbeitsmarkt, hinter dem rechtlich geschützten Interesse eines Arbeitgebers am Erhalt seiner eigenen Existenz zurücktreten müsse. Hinzu komme der Gesichtspunkt, dass er von der Beklagten unzureichend beraten worden sei. Die Beklagte hätte ihm anlässlich seiner Anrufe erläutern müssen, wie er in seiner Not sinnvoll weiter vorgehen könnte. Dies sei jedoch nicht geschehen.

Der Kläger beantragt,  
das Urteil des Sozialgerichts Gießen vom 26. Juni 2002 sowie den Bescheid der Beklagten vom 31. März 2000 und den Widerspruchsbescheid vom 30. August 2000 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,  
die Berufung zurückzuweisen,  
hilfsweise,  
die Revision zuzulassen.

Die Beklagte hält die sozialgerichtliche Entscheidung für zutreffend. Die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses von Herrn K. sei innerhalb der sog. Weiterbeschäftigungsfrist erfolgt, so dass nach [§ 223 Abs. 2 S. 1 SGB III](#) a.F. die Verpflichtung zur Rückzahlung des Eingliederungszuschusses gegeben sei. Ein Ausnahmetatbestand nach [§ 223 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 bis 3 SGB III](#) a.F. habe nicht vorgelegen. Ein wichtiger Grund i.S.v. [§ 223 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 SGB III](#) a.F. könne nur in Verbindung mit den einschlägigen arbeitsrechtlichen Vorschriften gesehen werden. Dies ergebe sich insbesondere aus der Entscheidung des Bundessozialgerichts vom 19. September 2002 ([B 11 AL 73/01 R](#)). Negative Umsatzentwicklungen und damit einhergehende wirtschaftliche Schwierigkeiten seien regelmäßig als betriebliches Risiko zu werten und könnten deshalb nach der vorliegend maßgeblichen Rechtslage nicht zur Befreiung von der Rückzahlungspflicht führen.

Wegen der Einzelheiten des Sachverhalts und des Vortrags der Beteiligten wird im Übrigen auf den gesamten weiteren Inhalt der Gerichtsakte sowie die beigezogene Leistungsakte der Beklagten (Maßnahmenummer XXXXX) Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die form- und fristgerecht eingelegte Berufung ([§ 151](#) Sozialgerichtsgesetz - SGG -) ist zulässig. Berufungsausschlussgründe nach [§ 144 Abs. 1 SGG](#) liegen nicht vor.

Die Berufung ist jedoch unbegründet. Das Sozialgericht hat die Klage gegen die angefochtenen Bescheide der Beklagten zu Recht abgewiesen.

Insbesondere ist das Sozialgericht zu Recht davon ausgegangen, dass nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (Urteil vom 21.3.2002 - [B 7 AL 48/01](#)), der sich der Senat unter Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung angeschlossen hat, vorliegend [§ 323 Abs. 2 SGB III](#) noch in der Fassung des Gesetzes zur Reform der Arbeitsförderung (AFRG) vom 24. März 1997 ([BGBl. I, S. 594](#)) Anwendung findet und nicht [§ 223 Abs. 2 SGB III](#) i.d.F. des 2. Gesetzes zur Änderung des Dritten Buches Sozialgesetzbuch vom 21. Juli 1999 ([BGBl. I, S. 1648](#)). Das Sozialgericht hat auch in zutreffender Weise ausgeführt, dass die Voraussetzungen des [§ 223 Abs. 2 SGB III](#) a.F. für die Rückzahlung des für den Arbeitnehmer K. gezahlten Eingliederungszuschusses vorliegen. Auf diese Ausführungen nimmt der Senat gem. [§ 153 Abs. 2 SGG](#) Bezug.

Soweit nach [§ 223 Abs. 2 S. 2 SGB III](#) a.F. eine Rückzahlungsverpflichtung ausgeschlossen ist, wenn der Arbeitgeber berechtigt war, das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen, folgt der Senat ebenfalls den diesbezüglichen Ausführungen des Sozialgerichts, das mit der Beklagten davon ausgegangen ist, dass die Voraussetzungen dieses Befreiungstatbestandes

nicht vorliegen. Auch insoweit kann gem. [§ 153 Abs. 2 SGG](#) auf die Ausführungen des Sozialgerichts Bezug genommen werden.

Dies gilt insbesondere hinsichtlich der Ausführungen des Sozialgerichts zur Frage, inwieweit das unternehmerische Betriebsrisiko einen wichtigen Grund darstellen kann, ein bestehendes Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen. Zu diesem vom Arbeitgeber zu tragenden Unternehmerrisiko gehört gerade auch die Notwendigkeit der Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist, sofern - wie hier - die Kündigung auf dringende betriebliche Erfordernisse gestützt wird. Auch in der vom Kläger im sozialgerichtlichen Verfahren angesprochenen Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts (a.a.O.) ist dies ausdrücklich hervorgehoben worden. Nur dann, wenn eine ordentliche Kündigungsmöglichkeit - meist durch tarifvertragliche Regelungen - ausgeschlossen ist, kann im Einzelfall eine außerordentliche Kündigung in Betracht kommen, dann jedoch nur unter Einhaltung der ansonsten maßgeblichen ordentlichen gesetzlichen oder tarifvertraglichen Kündigungsfrist, oder allenfalls eine Kündigung mit einer sozialen Auslaufrist (vgl. hierzu BAG, Urteil vom 27. Juni 2002 - [2 AZR 367/01](#) = [DB 2003, S. 102](#)). Eine solche Kündigung, auch wenn diese als außerordentliche Kündigung anzusehen ist, steht jedoch dem Tatbestand in [§ 223 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 SGB III](#) nicht gleich, da dieser Befreiungstatbestand ausdrücklich auf die Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist - und damit zugleich auch auf die maßgebliche arbeitsrechtliche Bewertung nach [§ 626 Abs. 2 BGB](#) - abstellt.

Vorliegend bedarf es auch keiner Überlegungen dahingehend, ob die gegenüber dem Kläger geltend gemachte Rückforderung etwa unter dem verfassungsrechtlichen Gesichtspunkt des Übermaßverbotes als rechtswidrig angesehen werden könnte. Denn, anders als in dem vom Senat am heutigen Tage entschiedenen Fall in der Rechtssache [L 6 AL 1061/01](#), lag die Beschäftigung des Arbeitnehmers K. durchaus auch im Interesse des Klägers, der aus dieser Tätigkeit einen wirtschaftlichen Nutzen ziehen konnte. Unter diesen Voraussetzungen bedeutet die Geltendmachung der Rückforderung nach Maßgabe von [§ 223 Abs. 2 SGB III](#) a.F. auch keine unzumutbare Verlagerung des Risikos der Arbeitslosigkeit auf den Arbeitgeber und lässt die bestehende Rückzahlungsverpflichtung deshalb auch nicht als schlechthin unzumutbar erscheinen.

Zu Recht hat das Sozialgericht auch der Rundverfügung des Landesarbeitsamtes Hessen vom 5. November 1999 keine dem Rückforderungsanspruch entgegenstehende Bedeutung beigemessen. Auch insoweit nimmt der Senat auf die Ausführungen des Sozialgerichts gem. [§ 153 Abs. 2 SGG](#) Bezug. Dabei hat das Sozialgericht zu Recht insbesondere darauf hingewiesen, dass der Beklagten bei der Geltendmachung des Rückforderungsanspruchs im Rahmen von [§ 223 Abs. 2 SGB III](#) a.F. kein Ermessen zugestanden hat. Bei einer gebundenen Entscheidung bleibt jedoch kein Raum für Verwaltungsvorschriften, die - losgelöst vom Gesetz - Ausnahmeregelungen vorsehen. Aus solchen Verwaltungsvorschriften, die dem Gesetz nicht entsprechen, können demnach keine Ansprüche abgeleitet werden (BSG, Urteil vom 18. Juli 1989 - [10 RKg 22/88](#) = [SozR 5870 § 2 Nr. 62](#) m.w.N.). Gleiches gilt auch aus einer daraus resultierenden rechtswidrigen Verwaltungsübung (BSG, a.a.O.). Unabhängig davon, ob die fragliche Rundverfügung des Landesarbeitsamtes noch vor ihrer "Aufhebung" hinsichtlich des Absehens von der Rückforderung die beim Kläger eingetretene Situation mit umfasst hat, war die Beklagte deshalb auch nicht nach [Art. 3 Grundgesetz \(GG\)](#) verpflichtet, ihre rechtswidrige Verwaltungspraxis fortzusetzen (BSG, a.a.O.). Hinzu kommt, dass die Rundverfügung des Landesarbeitsamtes erst nach Ende des für Herrn K. maßgeblichen Förderungszeitraums ergangen ist, so dass aus ihr für den Kläger auch kein Vertrauensstatbestand entstehen konnte, der die Beklagte ggf. hätte veranlassen müssen, nach den Grundsätzen von Treu und Glauben von einer Rückforderung abzusehen.

Ebenfalls zu Recht ist das Sozialgericht zur Auffassung gelangt, dass ein Beratungsfehler der Beklagten, der möglicherweise im Wege über einen sozialrechtlichen Herstellungsanspruch einen Befreiungstatbestand auslösen könnte, nicht vorliegt. Auch insoweit nimmt der Senat auf die Ausführungen des Sozialgerichts nach [§ 153 Abs. 2 SGG](#) Bezug. Soweit der Kläger von der Beklagten aus Anlass seiner Anrufe im September 1999 einen Hinweis auf eine zeitlich frühere Kündigung des Arbeitnehmers K. erwartet, einen solchen Hinweis nach seinem Vortrag aber nicht erhalten haben will, stellt dies schon deshalb keinen Beratungsfehler dar, weil die mögliche Kostenersparnis durch eine frühere Kündigung - worauf die Beklagte zu Recht hingewiesen hat - sich als Selbstverständlichkeit darstellt und deshalb jedenfalls zu dem Zeitpunkt, zu dem erstmals ein Anruf bei der Beklagten belegt ist - also im September 1999 - eine rechtmäßige Kündigung unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist gegenüber dem Arbeitnehmer K. frühestens zum Ende Oktober 1999 - also ohnehin erst zum Ende des Förderungszeitraums - möglich gewesen wäre.

Die Berufung des Klägers gegen das sozialgerichtliche Urteil war nach alledem zurückzuweisen.

Die getroffene Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#).

Die Revision hat der Senat nach [§ 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) zugelassen.

Rechtskraft

Aus

Login

HES

Saved

2009-05-28