

## L 6 AL 1061/01

Land  
Hessen  
Sozialgericht  
Hessisches LSG  
Sachgebiet  
Arbeitslosenversicherung  
Abteilung  
6

1. Instanz  
SG Kassel (HES)  
Aktenzeichen  
S 11 AL 1699/99  
Datum

30.08.2001  
2. Instanz  
Hessisches LSG  
Aktenzeichen  
L 6 AL 1061/01  
Datum

19.02.2003  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen

-  
Datum

-  
Kategorie

Urteil

Leitsätze

Erweist sich ein langfristig arbeitsloser Arbeitnehmer auch nach einer längeren Einarbeitungszeit als völlig ungeeignet für das mit einem Eingliederungszuschuss geförderte Arbeitsverhältnis und lässt sich deshalb eine dauerhafte Eingliederung des Arbeitslosen nicht erreichen, so gebietet es das verfassungsrechtliche Übermaßverbot, das in [§ 223 Abs. 2 Nr. 2 SGB III](#) a.F. geforderte und zum Wegfall der Verpflichtung auf Rückerstattung des Eingliederungszuschusses angesprochene Bestreben des Arbeitnehmers zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses jedenfalls dann mit einem Sachverhalt gleichzusetzen, bei dem die Ungeeignetheit für die ausgeübte Tätigkeit objektiv vorliegt, diese auch durch den Arbeitnehmer selbst erkannt wird und dieser deshalb auch eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses als naheliegend ansieht, er sich aber seinerseits zu einer solchen Beendigung allein deshalb nicht entschließt, weil er ansonsten den Eintritt leistungsrechtlich nachteiliger Konsequenzen etwa in Form einer Sperrzeit befürchtet.

I. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts Kassel vom 30. August 2001 wird, soweit sie sich auf den in der Zeit vom 1. September 1998 bis zum 28. Februar 1999 gezahlten Eingliederungszuschuss bezieht, zurückgewiesen.

II. Die Beklagte hat dem Kläger die außergerichtlichen Kosten auch des Berufungsverfahrens zu erstatten.

III. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Der Kläger wendet sich gegen die Rückforderung eines in der Zeit vom 1. September 1998 bis zum 28. Februar 1999 für die Beschäftigung des Arbeitnehmers F-W G gewährten Eingliederungszuschusses. Der Rückforderungsbetrag beläuft sich auf insgesamt 13.907,70 DM.

Der Kläger ist Inhaber eines in die Handwerksrolle eingetragenen Handwerksbetriebs, der als "Fa. G B, Treppenrenovierung" firmiert. Im streitbefangenen Zeitraum bestand der Geschäftszweck der Fa. B in erster Linie im Verkauf und in der Montage von vorgefertigten Treppen. Während dieser Zeit arbeiteten im Betrieb des Klägers außer dem Kläger selbst dessen Sohn M B, ein gelernter Tischler, sowie die Ehefrau des Klägers als kaufmännische Halbtagskraft. Die angebotene Treppenrenovierung bei den Kunden des Klägers erfolgte dadurch, dass sog. Treppenrohlinge zugeschnitten, eingepasst, befestigt und versiegelt werden müssen, eine Arbeit, die die Einhaltung einer hohen Genauigkeit voraussetzt.

Kurze Zeit vor dem streitbefangenen Zeitraum hatte der Kläger auf einer seiner Baustellen den damals Arbeitslosen F-W G kennen gelernt. Herr G bat den Kläger darum, bei diesem eingestellt zu werden; er sei im Innenausbau bewandert und bei seiner Einstellung könne mit einer Förderung durch das Arbeitsamt gerechnet werden.

Am 31. August 1998 beantragte der Kläger bei der Beklagten die Bewilligung eines Eingliederungszuschusses für die Beschäftigung von Herrn G. Im Hinblick auf die in Aussicht genommene Gewährung eines Eingliederungszuschusses durch das Arbeitsamt wurde Herr G zum 1. September 1998 vom Kläger als Monteur eingestellt. Vereinbarung war ein monatliches Bruttoarbeitsentgelt von 3.825,- DM. Das Arbeitsverhältnis war arbeitgeberseitig mit einer Kündigungsfrist von einem Monat zum Monatsende kündbar.

Für die Tätigkeit beim Kläger errechnete die Beklagte zum Zwecke der Festsetzung der Höhe des beantragten Eingliederungszuschusses ein berücksichtigungsfähiges Entgelt einschließlich der Arbeitgeberanteile an den Gesamtsozialversicherungsbeiträgen in Höhe von monatlich 4.635,90 DM. Durch Bescheid vom 17. November 1998 bewilligte sie dem Kläger demgemäß für den Förderungszeitraum vom 1. September 1998 bis zum 31. August 1999 bei einem Förderungssatz von 50 % einen monatlichen Zuschussbetrag von 2.317,95 DM. Der

Bewilligungsbescheid enthielt den 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 der Kläger verpflichtet sei, den Eingliederungszuschuss zurückzuzahlen, wenn das Beschäftigungsverhältnis während des Förderungszeitraums oder innerhalb eines Zeitraums, welcher der Förderungsdauer entspricht, längstens jedoch innerhalb von 12 Monaten nach Ende des Förderungszeitraums, beendet werde. Dies sollte nicht gelten, wenn der Arbeitgeber berechtigt sei, das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen oder die Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf das Bestreben des Arbeitnehmers hin erfolge, ohne dass der Arbeitgeber den Grund hierfür zu vertreten habe, oder aber der Arbeitnehmer das Mindestalter für den Bezug der gesetzlichen Altersrente erreicht habe. Bereits im ursprünglichen Antragsformular war eine gleichlautende Erklärung enthalten gewesen.

Der vom Kläger eingestellte Arbeitnehmer F-W G ist am 17. Mai 1960 geboren. Er hat keinen Beruf erlernt. Herr G war 1982 erstmals arbeitslos geworden. Bis 1992 bezog er mit Unterbrechung durch mehrere – insgesamt ca. 34 Monate andauernde – Beschäftigungsverhältnisse Arbeitslosengeld, Arbeitslosenhilfe, Unterhaltsgeld und Krankengeld. Vom 12. Oktober 1992 bis zum 25. November 1996 sowie vom 20. Januar 1997 bis 5. März 1997 und vom 21. Juli 1997 bis zum 12. November 1997 stand der Kläger in einem Beschäftigungsverhältnis in einer Zimmerei, vom 14. April 1997 bis zum 21. Mai 1997 war er in einem Baubetrieb tätig. In sämtlichen Arbeitsverhältnissen war der Kläger mit Helfertätigkeiten bzw. angelernten Tätigkeiten beschäftigt.

Nach seiner Einstellung beim Kläger war Herr G zunächst gemeinsam mit dem Sohn des Klägers, Herrn M B, auf den jeweiligen Baustellen eingesetzt und wurde dabei in die Tätigkeit des Treppenbaus eingewiesen. Etwa drei Monate nach Beginn der Tätigkeit war vom Kläger, der für diesen Zweck Werkzeug gekauft und einen Werkstattbus geleast hatte, versucht worden, Herrn G mit dem selbständigen Treppenbau zu betrauen, wie dies mit Herrn G abgesprochen gewesen war. Nach mehreren Kundenbeschwerden wurde dieser Versuch jedoch abgebrochen. Am 29. Januar 1999 kündigte der Kläger das Arbeitsverhältnis mit Herrn G unter Einhaltung der ordentlichen arbeitgeberseitigen Kündigungsfrist zum 28. Februar 1999. Herr G wurde ab dem 29. Januar 1999 mit sofortiger Wirkung von der Arbeit freigestellt. Im Kündigungsschreiben vom 29. Januar 1999 wurde die Kündigung damit begründet, aufgrund der anhaltenden wirtschaftlichen Situation und der geringen Auftragslage sei eine Weiterbeschäftigung nicht mehr möglich.

Nachdem die Beklagte, die bereits die Auszahlung des Eingliederungszuschusses bis zum Monat März 1999 vorgenommen hatte, vom Kläger über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses unterrichtet worden war, hob sie durch Bescheid vom 13. September 1999 die Leistungsbewilligung mit Wirkung vom 1. September 1998 auf und forderte vom Kläger den in der Zeit vom 1. September 1998 bis zum 31. März 1999 gezahlten Eingliederungszuschuss i.H.v. 16.225,65 DM unter Berufung auf [§ 223 Abs. 2 SGB III](#) zurück.

Der Kläger legte dagegen Widerspruch ein, den er damit begründete, mit Herrn G sei alles in Ordnung gewesen, so lange er unter Aufsicht eingearbeitet worden sei. Als Herr G jedoch wie geplant auf den Baustellen habe allein arbeiten sollen, habe er durch sein Nichtkönnen und durch Unachtsamkeit mehrere Treppen verschnitten und unsachgemäß verarbeitet. Dies habe zur Folge gehabt, dass neben einer unzufriedenen Kundschaft ein erheblicher wirtschaftlicher Verlust durch die Notwendigkeit der Erstellung neuer Treppenbauteile sowie durch Zahlungsabzüge von Kunden eingetreten sei. Dieses habe zur Kündigung von Herrn G geführt. Sollte er zur Rückerstattung des Eingliederungszuschusses verpflichtet werden, dann habe ihn Herr G inklusive der Fahrzeugkosten fast 60.000,- DM gekostet. Eine Weiterbeschäftigung sei unter diesen Voraussetzungen nicht mehr zumutbar gewesen.

Durch Widerspruchsbescheid vom 2. November 1999 wurde der Widerspruch des Klägers zurückgewiesen. Im Widerspruchsbescheid wurde ausgeführt, dass die vom Kläger aufgeführten Gründe nicht zur fristlosen Beendigung des Arbeitsverhältnisses hätten führen können, so dass eine Befreiung von der bestehenden Rückzahlungsverpflichtung nicht in Betracht komme. Durch die bei der Antragstellung und der Leistungsbewilligung gegebenen Hinweise habe der Kläger von den Voraussetzungen der bestehenden Rückzahlungsverpflichtung Kenntnis erlangt und habe daher wissen müssen, dass eine arbeitgeberseitige Kündigung während des Förderungszeitraums ohne die Berechtigung, das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen, in jedem Fall dazu führe, dass der gewährte Eingliederungszuschuss zurückzuzahlen sei.

Der Kläger hat dagegen Klage erhoben. Er hat vor dem Sozialgericht seinen Vortrag über die Nichteignung von Herrn G wiederholt und auf die durch die Rückforderung entstandene schwierige Lage für seinen Betrieb hingewiesen.

Durch Urteil vom 30. August 2001 hat das Sozialgericht Kassel den Bescheid der Beklagten vom 13. September 1999 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 2. November 1999 aufgehoben. Das Sozialgericht hat die Auffassung vertreten, maßgeblich für den Erstattungsanspruch sei vorliegend [§ 223 Abs. 2 SGB III](#) i.d.F. des am 1. August 1999 in Kraft getretenen 2. SGB III-Änderungsgesetzes vom 21. Juli 1999 ([BGBl. I, S. 1648](#)), nachdem erst nach Inkrafttreten dieses Gesetzes die umstrittene Verwaltungsentscheidung ergangen sei. Da der Kläger berechtigt gewesen sei, nach [§ 223 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 SGB III](#) n.F. das Arbeitsverhältnis aus dringenden betrieblichen Erfordernissen, die einer Weiterbeschäftigung entgegengestanden hätten, zu kündigen, sei er nicht zur Rückzahlung des erhaltenen Eingliederungszuschusses verpflichtet.

Gegen das der Beklagten am 6. September 2001 zugestellte Urteil richtet sich die am 24. September 2001 eingegangene Berufung. Die Beklagte geht davon aus, vorliegend müsse [§ 223 Abs. 2 SGB III](#) in der bis zum 31. Juli 1999 maßgeblichen Fassung Anwendung finden, so dass der Kläger zur Rückzahlung des gewährten Eingliederungszuschusses verpflichtet sei.

Die Beklagte beantragt,  
das Urteil des Sozialgerichts Kassel vom 30. August 2001 aufzuheben und die Klage abzuweisen,  
hilfsweise,  
die Revision zuzulassen.

Der Kläger beantragt,  
die Berufung zurückzuweisen, soweit sie sich auf den in der Zeit vom 1. September 1998 bis zum 28. Februar 1999 gezahlten Eingliederungszuschuss bezieht.

Der Kläger hält einen Rückforderungsanspruch für den Zeitraum bis zum 28. Februar 1999 nicht für gegeben. Ihm sei keine andere Wahl

geblieben, als Herr G noch innerhalb des Förderungszeitraums zu kündigen. Er habe Herrn G deshalb eingestellt, weil dieser ihn um eine Einstellung gebeten habe und er auch von dessen Schwester – einer seiner Kundinnen – zu dieser Einstellung gedrängt worden sei. Herr G habe ihm mitgeteilt, er sei im Innenausbau bewandert. Sein Sohn M B habe dann die Einarbeitung von Herrn G übernommen. Dabei habe man sich als Ziel eine Einarbeitungszeit von ca. 2 bis 3 Monaten gesetzt. In dieser Einarbeitungszeit unter Aufsicht seines Sohnes habe es mit Herrn G, der in dieser Zeit in erster Linie Helfertätigkeiten verrichtet habe, ganz gut geklappt. Als man Herrn G danach jedoch mit dem neu angeschafften Werkzeug und dem geleasteten Bus allein habe arbeiten lassen, weil sich sonst die Arbeitskraft nicht gerechnet hätte, sei es zu größeren Problemen gekommen. Herr G habe mehrere Treppen "verschnitten", so dass diese nachträglich ausgetauscht und erneut angepasst hätten werden müssen. Herr G sei einfach nicht in der Lage gewesen, die geforderten filigranen Arbeiten beim Treppenbau auszuführen. Er sei gewohnt gewesen, im Innenausbau mit Rigips zu arbeiten und dort freie Stellen ggfs. mit Gips zu verschließen; dies sei beim Treppenausbau indes nicht möglich. Die freien Stellen habe Herr G in einem ungewöhnlich großen Umfang mit Silikon ausgefügt, wie dies im Treppenausbau ansonsten nicht üblich sei. Da er beim Verfugen mit Silikon auch stark geraucht habe, habe sich auch die Asche gelegentlich mit Silikon vermischt. Für Herrn G sei dies aber alles nicht so wichtig gewesen. Es sei zu zahlreichen Kundenbeschwerden gekommen, die "richtig Geld gekostet" hätten. Auch der Ruf des Unternehmens habe darunter erheblich gelitten. Der durch Herrn G entstandene Schaden habe sogar zur Überlegung geführt, den Betrieb notfalls zu schließen. In dieser Situation habe er sich an das Arbeitsamt gewandt, wo ihm vom zuständigen Arbeitsberater, Herrn Sch, geraten worden sei, das Arbeitsverhältnis mit Herrn G zu kündigen. Dies habe er auch getan. Mit der Formulierung im Kündigungsschreiben vom 29. Januar 1999 und dem darin enthaltenen Hinweis auf die wirtschaftliche Situation seines Unternehmens habe er Herrn G etwas Gutes tun wollen. Die Gründe für die Kündigung hätten jedoch in dem Unvermögen von Herrn G gelegen, die aufgetragenen Arbeiten in dem geforderten Umfang auszuführen. Vor der Kündigung habe er Herrn G auch mehrfach abgemahnt. Bei Herrn G habe dies jedoch keinen Eindruck hinterlassen. Er – Herr G – habe vielmehr immer wieder seine Probleme mit seinem Sohn und mit den ihn betreffenden Pfändungen geschildert. Ohne eine Kündigung wäre ihm wohl nichts anderes übrig geblieben, als letztendlich den Betrieb zu schließen, da er den Lohn für Herrn G nicht weiter hätte bezahlen können. Deshalb hätte er eine Kündigung selbst dann ausgesprochen, wenn ihm dies vom Arbeitsamt nicht geraten worden wäre.

Im Erörterungstermin vom 12. Dezember 2001 wurden der frühere Arbeitnehmer F-W G des Klägers sowie Herr M B als Zeugen gehört. Auf die darüber gefertigte Sitzungsniederschrift wird ebenso Bezug genommen wie auf den gesamten weiteren Inhalt der Gerichtsakte, die beigezogene Leistungsakte von Herrn G (StammNr.: xxxxx) sowie die gleichfalls beigezogene Leistungsakte des Klägers (Maßnahme-Nr.: yyyyy).

Entscheidungsgründe:

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

Im Ergebnis ist die Berufung der Beklagten jedoch in dem im Tenor der getroffenen Entscheidung zum Ausdruck gekommenen Umfang unbegründet. Der Kläger ist nicht verpflichtet, den im Zeitraum von September 1998 bis Februar 1999 für den Arbeitnehmer F-W G gewährten Eingliederungszuschuss zurückzuzahlen.

Entgegen der Auffassung des Sozialgerichts findet vorliegend allerdings nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (Urteil vom 21. März 2002 – [B 7 AL 48/01 R](#) = [BSGE 89, S. 192](#)) der für die Rückzahlung maßgebliche [§ 223 SGB III](#) i.d.F. des Gesetzes zur Reform der Arbeitsförderung (AFRG) vom 24. März 1997 Anwendung und nicht [§ 223 Abs. 2 SGB III](#) i.d.F. vom 21. Juli 1999, nachdem die Leistungsbewilligung noch nach dem AFRG erfolgt und auch der Förderungsbeginn noch innerhalb des Zeitraums der früher maßgeblichen Rechtslage gelegen hat. Die anderslautende Meinung, die vom erkennenden Senat ursprünglich vertreten worden war und auf die sich das Sozialgericht berufen hat, hält der Senat nicht mehr aufrecht.

Nach [§ 223 Abs. 2 S. 1 SGB III](#) a.F. ist der Eingliederungszuschuss grundsätzlich 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. Nachdem das Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers G mit dem Kläger noch während des Förderungszeitraums geendet hat, sind diese Tatbestandsvoraussetzungen für den von der Beklagten geltend gemachten Rückforderungsanspruch erfüllt.

Indes entfällt die Rückzahlungsverpflichtung nach [§ 223 Abs. 2 S. 2 SGB III](#) a.F., wenn der Arbeitgeber berechtigt war, das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen (Nr. 1), oder die Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf das Bestreben des Arbeitnehmers hin erfolgt, ohne dass der Arbeitgeber den Grund hierfür zu vertreten hat (Nr. 2) oder der Arbeitnehmer das Mindestalter für den Bezug der gesetzlichen Altersgrenze erreicht hat (Nr. 3).

Vorliegend kommen allein die Alternativen nach Nr. 1 und Nr. 2 in Betracht.

Die Voraussetzungen des Befreiungstatbestandes nach Nr. 1 der genannten Bestimmung liegen indes nicht vor. [§ 223 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 SGB III](#) a.F. verweist mit seiner Bezugnahme auf die Kündigung aus wichtigem Grund auf die arbeitsrechtliche Regelung in [§ 626 Abs. 1 BGB](#). Danach kann ein Dienstverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur vereinbarten Beendigung des Dienstverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann.

Dabei kommt es nach der Regelung in [§ 223 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 SGB III](#) a.F. nicht darauf an, ob der Arbeitgeber tatsächlich eine außerordentliche fristlose Kündigung ausgesprochen hat; entscheidend ist vielmehr, ob er dazu berechtigt gewesen ist.

Nach Auffassung des Senats war dies im Verhältnis des Klägers zu dem Arbeitnehmer G nicht der Fall.

Als Kündigungstatsache kommt vorliegend nach dem Ergebnis der durchgeführten Beweisaufnahme lediglich der sog. Leistungsbereich (vgl. im Einzelnen Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 9. Aufl. 2000, § 125 Rdnr. 41 ff.) in Betracht. Insoweit steht nach dem Ergebnis der

Beweisaufnahme allerdings fest, dass Herr G unzweifelhaft den Anforderungen an den Arbeitsplatz, den er beim Kläger hätte ausfüllen sollen, nicht gewachsen war. In diesem Zusammenhang hat der Zeuge M B bestätigt, dass Herrn G auch nach der Einarbeitungsphase bei seiner Tätigkeit zahlreiche Fehler unterlaufen sind, die seine Arbeit letztlich wertlos gemacht haben. So war er insbesondere nicht in der Lage, die ihm aufgetragenen Treppenzuschnitte in einer Weise zu erledigen, die den Kundenaufträgen entsprochen hätten. Es kam deshalb zu vielfältigen Reklamationen, zur Notwendigkeit von Nacharbeiten, zu Preisabzügen und in Einzelfällen sogar zu Schadensersatzforderungen, die gegenüber dem Kläger geltend gemacht worden sind. Auch die Abmahnungen, die der Kläger gegenüber dem Arbeitnehmer G ausgesprochen hat, haben insoweit zu keiner Änderung geführt. Der Arbeitnehmer G hat dies bei seiner Einvernahme letztlich bestätigt.

Indes können diese Gründe nicht dazu führen, dass das bestehende Arbeitsverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist beendet werden konnte. So gibt es insbesondere keine Anhaltspunkte dafür, dass der Arbeitnehmer G etwa bewusst eine unzureichende Arbeitsleistung erbracht hätte. Zur Überzeugung des Senats steht vielmehr fest, dass Herr G auch bei zumutbarer Anstrengung nicht in der Lage gewesen ist, die ihm aufgetragenen Arbeiten selbständig abzuwickeln, wie dies nach einer Einarbeitungszeit Grundlage der arbeitsvertraglichen Beziehungen des Klägers zu Herrn G gewesen ist. Der Arbeitnehmer G hat dies bei seiner Einvernahme ebenfalls bestätigt und dadurch untermauert, dass er bekundet hat, ihm habe das bildliche Vorstellungsvermögen gefehlt, das bei der Treppenrenovierung und dem Treppeneinbau erforderlich sei und das auch vom Zeugen M B als zwingende Voraussetzung für eine Tätigkeit in diesem Bereich angesehen worden ist. Unter diesen Umständen geht auch der Senat davon aus, dass der Arbeitnehmer G tatsächlich eine erhebliche Belastung für den Kläger, wenn er, wie vorgesehen, weiterhin in der bisherigen Weise mit der Bearbeitung von Kundenaufträgen beschäftigt worden wäre. Bis zum Ablauf der einmonatigen Kündigungsfrist hätte Herr G beim Kläger jedoch zumindest in der Helferrolle, die er zum Zeitpunkt der Einarbeitung eingenommen hatte, zumutbar weiterbeschäftigt hätte werden können. Eine außerordentliche fristlose Kündigung, die lediglich als "ultima ratio" in Betracht kommt, war unter diesen Umständen nach Auffassung des Senats nicht angezeigt.

Nach [§ 223 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 SGB III](#) a.F. hat es auch kein nach außen zum Ausdruck gekommenes Bestreben des Arbeitnehmers G gegeben, eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger herbeizuführen. Der Arbeitnehmer G hat zwar im Laufe des Arbeitsverhältnisses bemerkt, dass er nicht in der Lage sein würde, jemals die ihm aufgetragenen Arbeiten selbständig auszuführen, wie dies ursprünglich vorgesehen war. So hat der Arbeitnehmer G bei seiner Einvernahme im Erörterungstermin vom 12. Dezember 2002 zugestanden, letztlich überfordert gewesen zu sein. Er habe deshalb auch eingesehen, dass eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses trotz der erfolgten Einarbeitung keinen Sinn haben würde. Zur Überzeugung des Senats hat der Arbeitnehmer G indes nicht selbst aktiv an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses mitgewirkt.

Nach der in der Rechtsprechung (vgl. z.B. LSG Essen, Urteil vom 6. Mai 2002 – [L 12 AL 141/01](#)) und der Literatur (Winkler in Gagel, SGB III, Stand Oktober 2002, § 223 Rdnr. 6) vertretenen Meinung reicht ein passives Verhalten für die Bejahung des Ausnahmetatbestandes des [§ 223 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 SGB III](#) a.F. jedoch nicht aus. Danach wäre der Kläger verpflichtet, auch unter diesem Gesichtspunkt den Eingliederungszuschuss zurückzuzahlen. Dies entspräche auch dem Inhalt der Materialien zum AFRG ([BT-Drucks. 13/4941, S. 193](#)), die bei der hier einschlägigen Regelung einen Sachverhalt unterstellen, bei dem das Arbeitsverhältnis ohne Veranlassung des Arbeitgebers beendet wird.

Trotz dieser auf den Materialien beruhenden Auslegung folgt der erkennende Senat dieser in der Rechtsprechung und Literatur (a.a.O.) vertretenen Auffassung für die vorliegende Fallgestaltung nicht. Eine solche Auslegung verstöße nämlich nach Meinung des Senats gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot, an dem alles staatliche Handeln zu messen ist (BVerfG Ur. v. 23. Januar 1990 – [1 BvL 44/86](#) u.a. = SozR 3 – 4100 § 128 Nr. 1; BSG, Urteil vom 9. Februar 1995 – [7 RAr 34/94](#) = SozR 3 – 4100 § 119a Nr. 2 m.w.N.). Danach müssen das in einer gesetzlichen Regelung gewählte Mittel und der gewollte Zweck in einem vernünftigen Verhältnis zueinander stehen und das Maß der den Einzelnen treffenden Belastung noch in einem vernünftigen Verhältnis zu dem ihm und der Allgemeinheit wachsenden Vorteilen stehen. Unter Berücksichtigung des Umstandes, dass mit der in [§ 223 Abs. 2 SGB III](#) a.F. getroffenen Regelung auch in die Freiheit der Berufsausübung des Arbeitgebers ([Art. 12 Abs. 1 GG](#)) eingegriffen wird, geht der Senat davon aus, dass es dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht mehr entspräche, wenn im Zusammenhang mit [§ 223 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 SGB III](#) a.F. allein auf ein aktives Verhalten des Arbeitnehmers bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses abgestellt würde.

Mit den in den [§§ 217 ff. SGB III](#) getroffenen Regelungen soll vom Grundsatz her eine dauerhafte Eingliederung von Arbeitslosen, die nur unter erschwerten Bedingungen vermittelt werden können, erreicht werden. Dabei knüpft [§ 223 Abs. 2 SGB III](#) a.F. bei der dem Arbeitgeber auferlegten Rückzahlungsverpflichtung an die eingetretene Verfehlung dieses Zwecks an, wenn das geförderte Arbeitsverhältnis innerhalb der dort genannten Zeiträume seine Beendigung gefunden hat. Es wäre nach Auffassung des Senats jedoch unverhältnismäßig, immer und ohne Einschränkung danach zu unterscheiden, wer letztlich die Initiative zur Beendigung eines Arbeitsverhältnisses ergriffen hat. Eine solche Differenzierung hält der Senat nicht für geboten. Denn jedenfalls dann, wenn eine Zweckerreichung aussichtslos erscheint und der Arbeitnehmer in Übereinstimmung mit dem Arbeitgeber selbst erkennt, dass er die geforderte Arbeitsleistung mangels einer entsprechenden Befähigung und nach zumutbarer Einarbeitung tatsächlich nicht erbringen kann, er aber nur deshalb die ansonsten naheliegende Konsequenz einer Eigenkündigung nicht zieht, weil er sozialrechtlich nachteilige Folgen – wie etwa den Eintritt einer Sperrzeit nach [§ 144 SGB III](#) – befürchten muss und dies dadurch vermeiden will, dass er die Initiative für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses allein dem Arbeitgeber überlässt, steht ein solches Verhalten dem in [§ 223 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 SGB III](#) a.F. angesprochenen Bestreben nach einer Beendigung letztlich gleich. Dies gilt nicht zuletzt auch deshalb, weil wegen der in [§ 223 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 SGB III](#) a.F. getroffenen Regelung dem Arbeitgeber in Fällen, in denen zwar eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses gerechtfertigt ist, die ordentliche Kündigungsfrist aber eingehalten werden muss, die Risikoverlagerung ansonsten ausschließlich zu Lasten des Arbeitgebers gehen würde, obgleich eine Chance auf die in [§§ 217 ff. SGB III](#) angestrebte dauerhafte Eingliederung wegen der in der Person des Arbeitnehmers liegenden Umstände von vornherein ausgeschlossen ist.

So liegen die Verhältnisse auch hier. Denn nach der Beurteilung sowohl des Klägers als auch der des Zeugen M B und schließlich nach der eigenen Einschätzung durch den Arbeitnehmer G, der sich der Senat anschließt, war nicht etwa die mangelnde Einarbeitung ursächlich für die Zweckverfehlung, sondern ausschließlich die persönliche Ungeeignetheit des Arbeitnehmers G für die beim Kläger vorgesehene Tätigkeit. Da zur Überzeugung des Senats Herr G nur deshalb nicht von sich aus zur Beendigung des auch aus seiner Sicht sinnentleerten Arbeitsverhältnisses tätig geworden ist, weil er den Eintritt einer Sperrzeit vermeiden wollte, steht dieses Verhalten dem in [§ 223 Abs. 2 S. 2](#)

[Nr. 2 SGB III](#) genannten Tatbestand jedenfalls gleich.

Unter diesen Voraussetzungen entfällt für den streitbefangenen Zeitraum von September 1998 bis einschließlich Februar 1999 die Rückzahlungsverpflichtung des Klägers.

Die Berufung der Beklagten war deshalb mit der sich aus [§ 193 SGG](#) ergebenden Kostenfolge zurückzuweisen.

Die Revision hat der Senat gem. [§ 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) zugelassen, weil er der Rechtssache grundsätzliche Bedeutung beimisst.  
Rechtskraft

Aus

Login

HES

Saved

2010-05-19