

## L 10 AL 143/02

Land  
Freistaat Bayern  
Sozialgericht  
Bayerisches LSG  
Sachgebiet  
Arbeitslosenversicherung  
Abteilung  
10  
1. Instanz  
SG Nürnberg (FSB)  
Aktenzeichen  
S 13 AL 45/01  
Datum  
20.02.2002  
2. Instanz  
Bayerisches LSG  
Aktenzeichen  
L 10 AL 143/02  
Datum  
01.04.2004  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen

-  
Datum

-  
Kategorie  
Urteil

I. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Nürnberg vom 20.02.2002 wird zurückgewiesen.

II. Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.

III. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Streitig ist zwischen den Beteiligten die Rechtmäßigkeit der Rückforderung eines Eingliederungszuschusses (EZ) für die Arbeitnehmerin Karin Vögerl (V) in Höhe von 3.017,50 DM.

Die Klägerin beantragte am 01.04.1999 bei der Beklagten die Gewährung eines EZ bei erschwelter Vermittlung für die Einstellung der am 20.05.1962 geborenen Arbeitnehmerin V zum 01.06.1999 als Vertriebsleiterin. Mit der Antragstellung verpflichtete die Klägerin sich, den EZ 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. Dies gelte u.a. nicht, wenn sie berechtigt sei, das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen.

Mit Bescheid vom 05.08.1999 bewilligte die Beklagte der Klägerin einen EZ für die Arbeitnehmerin V für die Zeit vom 01.06.1999 bis 31.05.2000 in Höhe von 3.017,50 DM monatlich. In den Nebenbestimmungen des Bescheides war die Rückzahlungsverpflichtung erneut dargelegt worden.

Die Klägerin kündigte der Arbeitnehmerin V mit Schreiben vom 13.07.1999 fristlos und mit einem weiteren Schreiben vom 21.07.1999 vorsorglich zum 31.08.1999. Vorausgegangen war am 12.07.1999 ein Telefongespräch zwischen der Klägerin und der Arbeitnehmerin, in dem es zu einer Meinungsverschiedenheit über die Größe des der Arbeitnehmerin zur Verfügung gestellten Firmenwagens gekommen ist. Am Abend des 12.07.1999 übermittelte die Arbeitnehmerin V der Klägerin eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vom 12.07.1999, die für die Zeit bis zum 18.07.1999 ausgestellt war. In der Folge wurden u.a. Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen am 16.07.1999 (bis 31.07.1999), am 30.07.1999 (bis 06.08.1999) und am 09.08.1999 (bis 15.08.1999) ausgestellt.

Auf die Kündigungsschutzklage der Arbeitnehmerin V hat das Arbeitsgericht Nürnberg mit Urteil vom 13.01.2000 (Az: 14 Ca 6731/99) festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 13.07.1999 nicht mit sofortiger Wirkung, sondern erst mit dem 15.08.1999 aufgelöst worden sei. Die außerordentliche Kündigung sei nicht rechtswirksam gewesen, aber in eine wirksame ordentliche Kündigung umzudeuten. Im arbeitsgerichtlichen Verfahren hat die Klägerin vorgebracht, V habe Kundentermine am 02.06.1999, 14.06.1999, 18.06.1999, 02.07.1999 und Kundentermine an ihrem Wohnort an zwei weiteren Tagen nicht wahrgenommen. V sei deshalb mehrfach abgemahnt worden.

Nach Anhörung der Klägerin hob die Beklagte mit Bescheid vom 20.07.2000 den Bewilligungsbescheid vom 05.08.2000 rückwirkend auf. Gleichzeitig forderte sie von der Klägerin die Erstattung des für den Monat Juni 1999 gezahlten EZ in Höhe von 3.017,50 DM. Rechtsgrundlagen hierfür seien die §§ 48 und 50 Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X). Das Beschäftigungsverhältnis sei beendet worden, ohne dass die Klägerin berechtigt gewesen sei, das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen.

Zur Begründung des hiergegen eingelegten Widerspruchs führte die Klägerin an, dass das Arbeitsverhältnis aus Gründen gekündigt worden sei, die in der Person der Arbeitnehmerin V gelegen haben. V habe die Kündigung provoziert. Sie habe wiederholt die Arbeit verweigert und

trotz mehrfacher mündlicher Abmahnung keine Besserung gezeigt. Besonders deutlich sei die Arbeitsverweigerung anlässlich des mit der Klägerin am 12.07.1999 geführten Telefonats geworden. V sei mit der Größe des ihr zu Verfügung gestellten Firmenfahrzeuges nicht einverstanden gewesen und habe sich daraufhin arbeitsunfähig schreiben lassen. Ein derartiges Verhalten zeige, dass die Arbeitnehmerin überhaupt kein Interesse gehabt habe, ihren Arbeitsplatz zu behalten.

Den Widerspruch wies die Beklagte durch Widerspruchsbescheid vom 15.12.2000 zurück. Mit der Entlassung der Arbeitnehmerin sei die Fördergrundlage entfallen. Die Bewilligung sei daher nach [§ 45 SGB X](#) für die Zukunft aufzuheben. Zusätzlich sei der für den ersten Beschäftigungsmonat ausgezahlte EZ von der Klägerin zurückzufordern. Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses während der Krankheitszeit sei aufgrund der beigebrachten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen unberechtigt im Sinne des Förderrechts gewesen.

Dagegen hat die Klägerin am 15.01.2001 Klage zum Sozialgericht Nürnberg (SG) erhoben. Ergänzend zu ihrem bisherigen Vorbringen hat sie ausgeführt, dass die Arbeitnehmerin V von Beginn der Beschäftigung an nicht in der Lage gewesen sei, die ihr obliegenden Arbeitspflichten zu erfüllen. V habe im Laufe des arbeitsgerichtlichen Verfahrens zu erkennen gegeben, dass sie an psychovegetativen Störungen leide. Das Telefonat am 12.07.1999 soll sie derart aufgeregt haben, dass sie sich sofort in ständige ambulante Behandlung habe begeben müssen. Wenn dies tatsächlich so gewesen sein sollte, hätte die Beklagte bei der Vermittlung auf diese Erkrankung hinweisen müssen. Da dies nicht erfolgt sei, könne ihr die Arbeitsunfähigkeit der Arbeitnehmerin nicht angelastet werden.

Das SG hat mit Urteil vom 20.02.2002 die Klage abgewiesen. Aufgrund des Urteils des Arbeitsgerichts vom 13.01.2000 stehe fest, dass die Klägerin nicht berechtigt gewesen sei, das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen. Für den 12.07.1999 habe eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorgelegen, so dass die Klägerin nicht befugt gewesen sei, aufgrund des Nichterscheins der Arbeitnehmerin eine Kündigung auszusprechen.

Am 05.04.2002 hat die Klägerin Berufung beim Bayer. Landessozialgericht eingelegt. Sie verweist auf ihren bisherigen Vortrag.

Die Klägerin beantragt sinngemäß, das Urteil des Sozialgerichts Nürnberg vom 20.02.2002 sowie den Bescheid der Beklagten vom 20.07.2000 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 15.12.2000 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Sie bezieht sich auf ihre Ausführungen im Widerspruchsbescheid vom 15.12.2000 und auf die Entscheidungsgründe des erstinstanzlichen Urteils.

Zur Ergänzung des Tatbestandes wird auf die beigezogene Akte der Beklagten sowie auf die Gerichtsakten erster und zweiter Instanz Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die form- und fristgerecht eingelegte Berufung ([§§ 143, 144, 151](#) Sozialgerichtsgesetz - SGG -) ist zulässig, aber nicht begründet. Das SG hat zu Recht die Klage gegen den Bescheid der Beklagten vom 20.07.2000 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 15.12.2000 abgewiesen.

Rechtsgrundlage für den Rückzahlungsanspruch der Beklagten ist [§ 223 Abs 2 Satz 1](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) in der bis 31.07.1999 geltenden Fassung (alte Fassung - a.F. -). Hierauf hat auch die Beklagte ihre Rückzahlungsforderung spätestens im Widerspruchsbescheid vom 15.12.2000 gestützt. Der Rückforderung steht nicht entgegen, dass die Beklagte die mit Bescheid vom 05.08.1999 ausgesprochene Bewilligung des EZ zunächst nach [§ 48 SGB X](#) (Bescheid vom 20.07.2000) und dann nach [§ 45 SGB X](#) (Widerspruchsbescheid vom 15.12.2000) nur für die Zukunft aufgehoben hat. [§ 223 Abs 2 Satz 1 SGB III](#) a.F. verkörpert gegenüber den Vorschriften der [§§ 45 ff SGB X](#) iVm [§ 330 SGB III](#) eine Sondervorschrift, die eine eigenständige Rechtsgrundlage für die Rückzahlung von Eingliederungszuschüssen darstellt. Auf Grund dieser Regelung bedarf es nicht einer gesonderten Aufhebung der ursprünglichen Bewilligung (vgl Urteil des Bundessozialgerichts - BSG - vom 21.03.2002, Az: [B 7 AL 48/01 R](#), [SozR 3-4300 § 422 Nr 2 S 5](#)).

Nach [§ 223 Abs 2 Satz 1 SGB III](#) a.F. ist ein EZ zurückzahlen, wenn das Beschäftigungsverhältnis während des Förderungszeitraums oder innerhalb eines Zeitraums, der der Förderungsdauer entspricht, längstens von 12 Monaten nach dem Ende des Förderungszeitraumes beendet wird. Dies war hier der Fall. Das Beschäftigungsverhältnis der Arbeitnehmerin V endete am 15.08.1999, also innerhalb des Förderungszeitraums.

Eine Rückzahlungspflicht besteht nach [§ 223 Abs 2 Satz 2 SGB III](#) a.F. dann nicht, wenn - was hier allein in Betracht kommt - der Arbeitgeber berechtigt war, das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen (Nr 1). Diese Voraussetzungen sind nicht erfüllt, weil die von der Klägerin behauptete Arbeitsverweigerung bzw das Nichterscheinen der Arbeitnehmerin V am 13.07.1999 nicht zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigte.

Die Beantwortung dieser Rechtsfrage ergibt sich nicht bereits unmittelbar aus dem Urteil des Arbeitsgerichts Nürnberg vom 13.01.2000. Denn eine Tatbestandswirkung kommt diesem Urteil nur insoweit zu, als die Nichtauflösung des Arbeitsverhältnisses durch die außerordentliche Kündigung vom 13.07.1999 festgestellt wurde. Jedoch ist nicht die Nichtauflösung oder das Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses, sondern das Vorliegen eines wichtigen Grundes, der zur fristlosen Kündigung berechtigt, Tatbestandsvoraussetzung des [§ 223 Abs 2 Nr 1 SGB III](#) a.F. ... Die außerordentliche Kündigung kann auch aus anderen Gründen unbeschadet des Vorliegens eines wichtigen Grundes unwirksam sein. Insoweit kommt es weiter darauf an, ob die Klägerin berechtigt war, das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen.

Das Vorliegen eines wichtigen Grundes, das nach den einschlägigen arbeitsrechtlichen Vorschriften zu beurteilen ist, ist nicht erkennbar. Nach [§ 626 Abs 1](#) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) kann aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist nicht zugemutet

werden kann.

Die von der Klägerin geltend gemachte Arbeitsverweigerung der Arbeitnehmerin V ist nicht geeignet, einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung darzustellen. Regelmäßig rechtfertigt das Vorliegen einer Arbeitsverweigerung eine außerordentliche Kündigung, wenn der Arbeitnehmer die ihm übertragene Arbeit beharrlich, also bewusst und nachhaltig nicht leisten will (vgl. Urteil des Bundesarbeitsgerichts - BAG - vom 21.01.1996, Az: [2 AZR 357/95](#), [NJW 1997, 2195](#), 2197). Es kann allerdings offen bleiben, ob in der behaupteten Nichtwahrnehmung von Kundenterminen eine beharrliche Arbeitsverweigerung gesehen werden kann. Denn hierauf kann die Klägerin die Kündigung nicht stützen. Sie hat angegeben, dass sie mehrmalig dieses Verhalten abgemahnt habe. Diese Abmahnungen schließen es aus, dass dieses Verhalten als Kündigungsgrund herangezogen werden kann. Denn mit der Abmahnung schafft der Arbeitgeber die Voraussetzungen für eine eventuelle spätere Kündigung, indem er für die Zukunft ein vertragsgerechtes Verhalten fordert. Insofern verzichtet er mit den Abmahnungen konkludent auf ein Kündigungsrecht wegen der Gründe, die bereits Gegenstand der Abmahnung waren (vgl. Urteil des BAG vom 10.11.1988, Az: [2 AZR 215/88](#), [NJW 1989, 2493](#), 2494).

Das Fernbleiben der Arbeitnehmerin V am 13.07.1999 stellt keine beharrliche Arbeitsverweigerung dar, da ihr Nichterscheinen nicht ungerechtfertigt erfolgte. Aufgrund der am 12.07.1999 eingetretenen Arbeitsunfähigkeit hatte die Arbeitnehmerin das Recht, ihre Arbeitspflicht nicht zu erfüllen. Mit der Vorlage der ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen, denen ein hoher Beweiswert zukommt, hat sie ihre Arbeitsunfähigkeit nachgewiesen. Die Klägerin hat das Bestehen der Arbeitsunfähigkeit bei Vorlage der Bescheinigungen auch nicht angezweifelt, z.B. indem sie über die Krankenkasse eine Begutachtung durch den Medizinischen Dienst der Krankenversicherung herbeigeführt hat (vgl. [§ 275 Abs 1 Nr 3](#) Buchstabe b und Abs 1a Satz 3 Fünftes Buch Sozialgesetzbuch). Dies hätte aufgrund des Vorbringens der Klägerin nahegelegen, die Arbeitsunfähigkeitsmeldung sei allein aufgrund der innerbetrieblichen Differenzen erfolgt.

Nicht ausreichend für die Erfüllung des Befreiungstatbestandes nach [§ 223 Abs 2 Satz 2 SGB III](#) a.F. ist die Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufgrund der ordentlichen Kündigung zum 15.08.1999. Zwar entfällt nach [§ 223 Abs 2 Satz 2 Nr 1 SGB III](#) in der ab 01.08.1999 geltenden Fassung die Rückzahlungspflicht schon dann, wenn der Arbeitgeber berechtigt war, das Arbeitsverhältnis aus Gründen, die in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, oder aus dringlichen betrieblichen Gründen, die einer Weiterbeschäftigung in diesem Betrieb entgegenstehen, zu kündigen. Diese Fassung des [§ 223 Abs 2 SGB III](#) ist jedoch vorliegend nicht anzuwenden. Denn nach der Übergangsbestimmung des [§ 422 Abs 1 SGB III](#), die sich auch auf die Regelungen über die Anspruchsvoraussetzungen für EZ und deren Rückzahlung erstreckt (vgl. Urteil des BSG vom 21.03.2002, [aaO](#) S. 4), sind bei Änderungen, soweit nichts anderes bestimmt ist, auf Leistungen der aktiven Arbeitsförderung bis zum Ende der Maßnahme die Vorschriften in der vor dem Tag des In-Kraft-Tretens maßgebenden Fassung weiter anzuwenden, wenn vor diesem Tag der Anspruch entstanden ist, die Leistung zuerkannt worden ist oder die Maßnahme begonnen hat, wenn die Leistung bis zum Beginn der Maßnahme beantragt worden ist. Danach sind hier trotz Bewilligung des EZ mit Bescheid erst vom 05.08.1999 die Voraussetzungen für die Anwendung der alten Fassung des [§ 223 Abs 2 SGB III](#) erfüllt, weil die Fördermaßnahme bereits am 01.06.1999 begonnen und die Klägerin den EZ bis zu deren Beginn beantragt hat.

Mithin ergibt sich, dass die Voraussetzungen für eine Rückzahlungspflicht nach [§ 223 Abs 2 Satz 2 SGB III](#) a.F. erfüllt sind, wobei dieser Verpflichtung auch nicht die Behauptung der Klägerin entgegensteht, die Beklagte habe es versäumt, bei der Vermittlung der V auf mögliche leistungsmindernde Erkrankungen hinzuweisen. Ein sozialrechtlicher Herstellungsanspruch kann insoweit nicht herangezogen werden. Denn damit könnte die Klägerin nur so gestellt werden, wie sie stehen würde, wenn alles ordnungsgemäß gelaufen wäre. Selbst wenn ein Fehlverhalten der Beklagten vorgelegen haben sollte, ergebe sich hieraus nicht die von der Klägerin gewünschte Rechtsfolge, von der Rückforderung "befreit" zu sein. Denn diese "Befreiung" wäre nicht identisch mit dem Zustand, der bestehen würde, wenn sich die Beklagte anderes verhalten hätte. Dann wäre die Arbeitnehmerin überhaupt nicht von der Klägerin eingestellt worden, und es wären keine Zuschüsse geflossen (vgl. Urteil des BSG vom 06.02.2003, Az: [B 7 AL 38/02 R](#), Breith 2003, 524, 526).

Entgegen der Auffassung der Klägerin kann die Geltendmachung des Erstattungsanspruches nicht als treuwidriges Verhalten angesehen werden, das zum Entfallen der Rückzahlungspflicht führt. Die Einwendung des treuwidrigen Verhaltens, die auch im Sozialrecht Anwendung findet (vgl. Urteil des BSG vom 06.02.2003, [aaO](#)), setzt voraus, dass der Berechtigte sich durch die Ausübung seines Rechts zu seinem eigenen bisherigen Verhalten, auf das er vertraut hat, in Widerspruch setzt (venire contra factum proprium). Hier beruft sich die Klägerin darauf, dass sie darauf vertraut habe, dass die Arbeitnehmerin V uneingeschränkt arbeitsfähig gewesen sei. Die Beklagte habe bei der Vermittlung nicht auf die Erkrankung hingewiesen, die nunmehr zur Arbeitsunfähigkeit der V geführt habe. Sie setze sich daher in Widerspruch zu ihrem bisherigen Verhalten, wenn sie jetzt aufgrund der eingetretenen Arbeitsunfähigkeit der V vom Fehlen eines wichtigen Grundes für die außerordentliche Kündigung ausgehe. Diesem Vorbringen steht jedoch entgegen, dass die Beklagte durch ihr Tätigwerden nicht einen Vertrauenstatbestand dahingehend geschaffen hat, die Arbeitnehmerin V sei für die vermittelte Beschäftigung nicht arbeitsunfähig. Allein aus der Vermittlung der Arbeitnehmerin lässt sich dieses Vertrauen nicht begründen. Die übliche Vermittlungstätigkeit beschränkt sich darauf, dem Arbeitnehmer die Information darüber zukommen zu lassen, welcher Arbeitgeber für welche Tätigkeit einen Arbeitnehmer sucht, bzw. dem Arbeitgeber einen möglichen Arbeitnehmer anzubieten (vgl. Urteil des BSG vom 06.02.2003, [aaO](#) S. 527). Umstände, die über diese übliche Vermittlungstätigkeit hinausgehen, und möglicherweise einen Vertrauenstatbestand begründen könnten, hat die Klägerin nicht vorgetragen und sind auch nicht ersichtlich. Insbesondere bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Beklagten bzw. dem Vermittler tatsächlich bekannt gewesen ist, dass bei V eine die Arbeitsunfähigkeit auf Dauer ausschließende Erkrankung bestanden hat.

Nach alledem war die Entscheidung des SG nicht zu beanstanden und daher die Berufung zurückzuweisen.

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

Gründe für die Zulassung der Revision sind nicht ersichtlich ([§ 160 Abs 2 Nrn 1 und 2 SGG](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2004-07-16